sitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA

JAN 30
O. M. L.
OTTAWIENSIS

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/traitthoriqu01baud

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

I

DES PERSONNES

I

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., rue Poquelin-Molière, 17.

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES PERSONNES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

M. HOUQUES-FOURCADE
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

TROISIÈME ÉDITION

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.

TOME PREMIER

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt.
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1907

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

KE
56
.B31
1907
v.1

KJV
450
.B383
1905
v.1

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT EN GÉNÉRAL

§ I. *Définitions.*

1. Objectivement, le *droit* est l'ensemble des règles à l'observation desquelles l'homme peut et doit être obligé par voie de contrainte extérieure [1].

Il a pour objet d'assurer la conservation et le développement harmonique des individus composant la société qu'il régit, ainsi que de cette société elle-même. A cet effet il détermine les principes auxquels doivent être soumis les rapports des individus entre eux ou avec la puissance publique, organe de l'intérêt social. Ces principes, juridiquement obligatoires, permettent de prévenir ou de résoudre les conflits susceptibles de s'élever entre particuliers ou entre eux et l'autorité publique, et de faire régner ainsi dans la société l'ordre, qui, en leur absence, serait à tout instant troublé par les prétentions opposées de ses membres et par leurs querelles avec l'autorité. Le droit a donc pour but l'organisation de la société, qui, sans lui, serait anarchique.

2. Il n'a point pour objet d'imposer aux hommes le respect de toutes les règles dont l'observation importe à la col-

[1] Aubry et Rau, 5e édit., I, § 1, p. 2; Demante, 3e édit., I, *Introd.*, n. 1 et 2; Laurent, I, n. 3; Beudant, *Introd.*, n. 6; Planiol, 3e édit., I, n. 2 et n. 144 s.; Capitant, *Introd. à l'étude du droit civil*, Paris, 1898, p. 17; Gény, *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 5, 100 et 206. — On peut rapprocher de cette définition celle que donne M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, n. 1), d'après lequel le droit, ou, plus exactement, la loi est la part de liberté enlevée par l'Etat à l'individu. — Sur l'autre acception du mot droit, cf. *infra*, n. 311.

lectivité, à quelque point de vue que ce soit. Il ne doit pas être en effet confondu avec la morale, dont le domaine est infiniment plus vaste.

Parmi les préceptes auxquels la morale prescrit à l'homme de conformer sa conduite, ceux qui déterminent ses devoirs envers un être supérieur à lui ou envers lui-même, sont étrangers au droit, soit parce que le droit suppose l'état de société et ne peut sanctionner que les devoirs qu'engendre la vie sociale, soit parce qu'il ne doit pas avoir de prise sur les actes du for intérieur, sous peine de faire peser sur ceux qu'il gouverne la plus insupportable tyrannie. Mais cette explication même implique que la méconnaissance des devoirs de l'homme envers la divinité ou envers sa propre personne ne se traduit pas par des actes extérieurs. Si donc elle se manifestait par des actes de cette nature, ils seraient susceptibles d'être saisis par le droit et d'être dès lors réprimés par une force extérieure comme eux. C'est ainsi qu'on comprend que le blasphème et le suicide aient pu être déclarés punissables par certaines législations, quoiqu'ils ne constituent que des violations des préceptes de ces deux premières catégories.

3. Quant aux préceptes qui règlent la conduite de l'homme envers ses semblables, ils rentrent par nature dans la sphère du droit, puisque leur transgression se manifeste ordinairement par des actes extérieurs. Mais ce n'est pas à dire qu'ils doivent être tous juridiquement obligatoires. « Ils peuvent légitimement, disent MM. Aubry et Rau [1], devenir l'objet d'une coercition physique, toutes les fois qu'il s'agit d'actes dont l'accomplissement ou l'omission est de nature à froisser le sens moral d'un peuple à une époque donnée, et à provoquer ainsi une réprobation formelle de la conscience publique ». La pensée des savants auteurs gagnerait peut-être à être ainsi formulée : peut et doit être érigé en règle de droit tout précepte de cette catégorie dont l'observation, dans les idées du temps, est considérée comme socialement utile ou nécessaire. Notre formule ne signifie point sans doute qu'on doive nécessairement faire entrer dans la sphère du droit

[1] Aubry et Rau, I, § 1, p. 2, n. 1.

toute règle morale de cette catégorie dont l'observation importe à la société : car ce serait les y faire rentrer toutes, celle-ci ne pouvant jamais se désintéresser de l'accomplissement du bien. Nous voulons dire que cette règle doit prendre ou non place dans le droit suivant que l'intérêt social paraît ou non exiger que l'observation en soit assurée par une contrainte exercée sur les individus, ou encore suivant que la coercition légale semble ou non préférable, au point de vue collectif, à la liberté laissée aux individus d'obéir ou de désobéir à la loi morale (1). C'est ainsi que le devoir de charité ou d'assistance nous paraît susceptible d'être, dans certaines conditions, juridiquement obligatoire, et qu'il l'est en fait, dans les pays, comme l'Angleterre, où les lois sur les pauvres imposent des charges plus ou moins lourdes à ceux qui possèdent, au profit des indigents. Cette déduction ne pourrait être d'ailleurs que difficilement contestée par MM. Aubry et Rau eux-mêmes, car assister un indigent, lorsqu'on en a les moyens, n'est-ce pas là, du moins chez un peuple civilisé, un acte « de nature à faire encourir à celui qui l'omet un blâme formel, sans qu'à l'inverse celui qui l'accomplit semble mériter une louange particulière »? (2) A cet égard, il est tout naturel de rapprocher les législations qui ont consacré le devoir d'assistance, de celles qui ont « édicté des peines contre ceux qui, le pouvant sans danger pour eux-mêmes, ont négligé de sauver la vie à un de leurs semblables » (3).

4. Après les philosophes, les jurisconsultes ont de tout temps distingué le droit naturel et le droit positif (4). Le droit naturel, sous le nom, il est vrai, de *jus gentium*, était déjà défini à Rome « *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* » (5), et on n'a guère fait depuis que reprendre

(1) Cpr. Demolombe, I, n. 4; Demante, I, *Introd.*, n. 13; Laurent, I, n. 3; Huc, I, n. 9; Gény, *op. cit.*, p. 482; Lyon-Caen, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1889, XVII, p. 352 s.

(2) *Eod. loc.*, n. 1.

(3) *Eod. loc.*

(4) Cf. Montesquieu, *Esprit des Lois*, éd. Garnier, liv. I, ch. I, p. 4, et ch. III, p. 8 et 9. — Sur les plus anciennes affirmations de l'existence du droit naturel, cf. Planiol, I, p. 3, note 1. — Sur l'histoire de l'École du droit naturel, cf. Gény, *op. cit.*, p. 473 s.

(5) Gaïus, *Com.*, I, § 1; Justinien, *Inst.*, pr. et 1, *De jure nat.*, I, 2.

cette idée en la paraphrasant [1]. « Les lois naturelles, dit Demante [2], sont celles que Dieu a gravées au fond de nos cœurs » et aussi « celles que les besoins des hommes réunis en société ont fait universellement adopter », car, « si elles n'émanent pas directement du Créateur, du moins est il vrai que l'accord unanime des nations pour les observer est la meilleure preuve de leur invariable convenance à la nature raisonnable et sociale de l'homme ». M. Demolombe [3], sans donner une définition en forme, distingue, dans le droit établi par la puissance publique, les lois « les plus nombreuses, les plus essentielles, qui ne sont que la consécration de ces grandes règles d'humanité, de sociabilité, que Dieu a gravées dans tous les cœurs, et qui sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines » — ce sont celles qui relèvent du droit naturel —, et les lois « plus accidentelles, plus spéciales, qui sont, par cela même aussi, l'œuvre plus arbitraire, la création plus immédiate du législateur humain », lesquelles composent le droit positif proprement dit. En somme, la pensée exprimée par l'illustre auteur ne diffère en rien de la conception de Demante, quoiqu'il soit loin d'accepter toutes les conséquences qu'en a déduites celui-ci. Pour tous deux, et pour la presque unanimité de la doctrine au reste, le droit naturel peut être défini le corps de préceptes, applicables à la conduite de l'homme en société, qui lui sont révélés par les seules lumières de sa raison, et qui, par là, outre qu'ils préexistent à toute législation positive, sont immuables et universels, c'est-à-dire toujours et partout applicables [4].

5. Cette antique conception du droit naturel n'a pas été admise par MM. Aubry et Rau [5]. Sans vouloir nier « l'existence de certains principes absolus et immuables, antérieurs

(1) Cf. Domat, *Tr. des lois*, ch. XI ; Zachariæ, éd. de 1844, I, § 2, p. 2, n. 1.

(2) Demante, I, *Introd.*, n. 6.

(3) Demolombe, I, n. 8.

(4) Cpr. Laurent, I, n. 4 et 5; Planiol, I, n. 5 et 6; Beudant, I, n. 6; Gény, *op. cit.*, p. 479 s.

(5) I, § 2, p. 3 et 4, n. 2.

et supérieurs à toute législation positive », ils ne croient pas que « les règles destinées à organiser et à développer ces principes, règles qui ne présentent qu'un caractère contingent et variable », puissent être déterminées *a priori*. En effet, d'après eux, « le criterium d'après lequel se déterminent les préceptes légitimement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, réside dans la conscience collective de chaque peuple, et le sens moral d'une nation se modifie suivant le degré de sa civilisation ». Comment pourraient-ils voir dès lors dans le droit naturel un corps de préceptes qui ne changeraient pas? Aussi n'est-il à leurs yeux que « l'ensemble des préceptes ou règles de conduite légitimement susceptibles de devenir, d'après la nature même des actes auxquels ils s'appliquent, l'objet d'une coercition extérieure ».

6. Cette dernière notion du droit naturel nous paraît seule admissible, et c'est à elle que nous nous rallierions s'il était absolument nécessaire de faire une place dans la science juridique à l'idée même de ce droit. Le droit naturel comprendrait alors toutes les règles, consacrées ou non par le droit positif, à l'observation desquelles, dans une société donnée, il serait bon que l'homme fût astreint par voie de coercition extérieure. Il serait donc, au rebours de l'opinion courante, susceptible de varier dans le temps et dans l'espace, avec la constitution même de la société envisagée. Mais le nom de droit rationnel, ou encore de droit théorique ou idéal, lui conviendrait mieux alors que cette qualification de « naturel », qui se ressent trop de la conception métaphysique à laquelle elle se rattache. En d'autres termes, ce droit serait, d'après nous, le droit parfait par opposition au droit nécessairement imparfait établi par la législation positive. Et c'est bien à peu près ainsi que semble l'entendre M. Huc [1], qui définit le droit naturel : « le droit tel qu'il devrait être d'après les améliorations reconnues nécessaires et possibles ».

7. C'est tout ce qu'il nous paraît permis de conserver de la vieille opposition établie depuis si longtemps entre les deux

[1] I, n. 7. — Cf. aussi, Beudant, *Introd.*, n. 9-14; Oudot, *Philosophie du droit*, p. 67. — *Contra :* Planiol, I, n. 5. — Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 477 s.

espèces de droit. Telle qu'on la comprend d'ordinaire, elle est, à notre sens, à la fois fausse et inconsistante, inutile et même périlleuse. C'est ce qu'il faut prouver, au moins sommairement [1].

Et d'abord il n'est que trop vrai que, non seulement dans la masse, mais encore chez les esprits les plus éclairés, la raison est absolument impuissante, à elle seule, à déterminer, d'une façon même très approximative, la nature et les droits de l'individu : quels sont-ils et que sont-ils ? Il n'y aurait pas de science de la législation si cette question trouvait sa réponse dans les seules inspirations de la raison humaine. Malheureusement celle-ci restant obstinément muette, l'homme en est réduit à rechercher la solution du problème par le raisonnement plutôt que par la raison, ce qui signifie que celle-ci doit être nécessairement éclairée par l'observation des faits de toutes sortes, des conditions sociales notamment au milieu desquelles vit l'individu, et que, même après cet examen, elle demeure trop souvent incertaine et partagée entre des sentiments opposés. Le respect de la liberté individuelle, par exemple, est-ce un de ces préceptes naturels gravés, comme on le répète à l'envi, dans la conscience humaine ? Mais pourquoi l'esclavage aurait-il alors, non seulement persisté si longtemps dans les parties les plus civilisées du globe, ce qu'on pourrait expliquer par la contrariété toujours possible du droit positif et du droit naturel, mais encore trouvé des défenseurs parmi les plus éminents représentants de l'esprit humain ? Et qui, d'autre part, pourrait dire, en interrogeant sa seule conscience, quelles sont les limites naturelles de cette liberté ? — La constitution de la famille, voilà bien encore, même pour MM. Aubry et Rau [2], l'un de ces principes absolus et immuables, antérieurs et supérieurs à toute législation positive. Mais comment oublier que la sociologie nous montre dans quel rapport étroit est l'organisation familiale avec l'état des agrégats sociaux et combien variable est conséquemment cette organisation ? — Enfin il serait singu-

[1] Cf. aussi Brissaud, *Manuel d'hist. du droit fr.*, Paris, 1898, p. 4 s.
[2] I, § 2, p. 4, n. 2.

lièrement hardi d'énoncer que le droit de propriété privée a ses racines dans la raison humaine et que les législations positives n'ont fait que reconnaître et organiser ce droit, qui leur était antérieur. S'il est actuellement considéré comme l'une des principales assises de la société, il n'est pas permis de supposer qu'il a dû toujours être envisagé comme tel. Historiquement, au contraire, il paraît démontré que l'appropriation de la terre a commencé, en général, par être collective, et que la propriété individuelle ne s'est dégagée qu'à la longue, sous la pression des besoins de la consommation, de cette forme primitive. Il est si peu vrai, au surplus, que ce droit soit « gravé dans nos cœurs » avant d'être inscrit dans la loi, que beaucoup de puissants esprits en ont nié et en nient encore la légitimité, et que cette légitimité, pour ceux-là mêmes qui la proclament le plus volontiers, ne consiste guère, en dépit de tous les efforts tentés pour lui trouver une autre base, qu'en la supériorité économique de la propriété privée sur la propriété collective ! Où sont donc ce « petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même » (1), et qui constituent le contenu du droit naturel ?

8. On voit assez ce qu'il faut penser des prétendus caractères d'universalité et d'immutabilité de ce droit. Aussi M. Demolombe écrit-il lui-même (2), sous la pression en quelque sorte de la réalité, que « le droit naturel, tel que le jurisconsulte doit le comprendre, est nécessairement approprié aux besoins, aux mœurs, à la civilisation des différentes sociétés humaines », et que le jurisconsulte « ne doit pas considérer les règles des actions humaines *a priori*,

(1) Planiol, I, n. 6. — Cet auteur veut bien reconnaître que les principes du droit naturel sont en très petit nombre, et constater que, « quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques,... on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de la loi naturelle ». C'est qu'alors elle est bien pauvre. Et encore ne serait-il peut-être pas superflu de montrer sur quelle « équité » et quel « bon sens » reposent ces catégories très générales et si vagues, la liberté de l'individu, la protection du travail et de la propriété, les obligations respectives des époux, etc.

(2) I, n. 10.

d'une manière abstraite, absolue, spéculative, mais bien relativement à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois positives elle-mêmes qui la gouvernent ». « C'est toujours, conclut-il, dans la législation écrite qu'il faut puiser, directement ou indirectement, toutes les règles des solutions pratiques ».

Pour lui donc, la conception du droit naturel semble devoir rester sans applications pratiques (1). Toute différente est l'opinion de Demante.

Et d'abord, d'après ce dernier (2), les règles de ce droit sont, du moins pour beaucoup d'entre elles, « tellement essentielles aux rapports que la nature ou l'état social a établis entre les hommes qu'elles doivent être considérées comme maintenues toutes les fois qu'elles ne sont pas écartées par la lettre ou par l'esprit particulier de la loi positive ». En second lieu, « les lois naturelles étant communes à toute l'espèce humaine, il suffit d'être homme pour en subir et en réclamer partout l'exécution ». Enfin, ces lois étant « de tous les temps », « la promulgation spéciale d'une règle de droit naturel n'est pas ce qui lui donne l'existence. Aussi, ne doit-on pas craindre de faire l'application de cette règle aux cas antérieurs à sa promulgation qui se trouveraient encore indécis ».

Si ces trois propositions étaient vraies, la conception du droit naturel ne serait certes plus dénuée de portée pratique. Mais quels n'en sont pas alors les dangers! La doctrine de Demante fait éclater le singulier péril de cette distinction du droit naturel et du droit positif, qui, pressée par un esprit logique, fait naître un redoutable antagonisme entre ces deux sortes de droits. L'application du droit positif est alors limitée, modifiée, complétée à chaque instant par celle d'un droit préexistant, universel et immuable, dont la force cède devant celle de la législation positive, mais s'exerce dès qu'elle n'est point contrariée explicitement ou implicitement par celle-ci.

(1) I, n. 6-12.

(2) I, *Introd.*, n. 14, 15 et 18. — Nous ne pensons pas que M. Planiol souscrirait à toutes ces propositions, quoiqu'il ait écrit (I, n. 7) que « le droit naturel est tout à la fois réduit dans son objet et supérieur dans sa position, relativement aux législations humaines qu'il inspire et qu'il domine ».

Bien mieux, sa puissance est telle que la conscience est dispensée de la soumission à la loi positive, lorsque « cette loi ordonne ce qui est défendu par le droit naturel, ou défend ce que le droit naturel commande » (1). Comment ne pas être effrayé de la lutte inégale qu'on suscite entre les deux droits, alors surtout que l'un d'eux est aussi vague et aussi variable suivant les temps, les lieux et les individus, que l'autre est précis et immuable dans sa teneur ? — La loi positive ne devient exécutoire que par la promulgation qui en est faite, et n'est pas rétroactive : mais la promulgation spéciale d'une règle de droit naturel n'est pas ce qui lui donne l'existence, et par conséquent elle doit régir le temps antérieur à cette promulgation ! Qu'est-ce à dire, sinon que les dispositions des art. 1 et 2 du Code civil ne deviennent alors applicables, en dépit de leur généralité, que tout autant que la loi nouvelle ne consacre pas des règles du droit naturel ? — De même « les lois naturelles qui n'ont pas été expressément consacrées par le législateur de chaque peuple, ne sont pas par là même rejetées de l'ordre civil » : les plus essentielles, au contraire, sont maintenues, par cela seul qu'elles n'ont pas été contredites expressément ou tacitement par la loi positive ! Mais qui dira quelles sont ces lois, et quelles sont « les plus essentielles » ? En définitive, pour vouloir tirer de la conception du droit naturel des conséquences pratiques, on aboutit, ou à la violation du droit positif lui-même, ou à l'arbitraire.

On voit par là ce que vaut pour l'interprète cette conception. C'est donc au moins comme superflu qu'a pu être supprimé l'art. 1 du titre Ier du livre préliminaire que le législateur se proposait de placer en tête du code civil, lequel article était ainsi conçu : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (2).

(1) Demante, I, *Introd.*, n. 14 *bis*, III.

(2) Portalis, dans son *Discours préliminaire du Code civil* (Fenet, I, p. 469-471 ; Locré, I, p. 258-259), dit sans doute que « quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes de droit naturel » ; mais le droit naturel paraît bien s'identifier pour Portalis avec l'esprit général des lois, c'est-à-dire avec les principes rationnels qui se dégagent de l'ensemble du droit positif, de la législation.

9. Par opposition au droit naturel, entendu comme l'entendent la généralité des auteurs ou pris dans le sens que nous avons nous-mêmes donné à ces termes, on appelle droit positif l'ensemble des règles à l'observation desquelles, en fait et en réalité, les hommes peuvent être astreints, dans un pays, par voie de contrainte extérieure, que ces règles aient été expressément formulées par le législateur ou qu'elles tiennent leur force obligatoire de la coutume. Dans les deux cas, le droit n'en a pas moins été établi (*positum*), dans le premier par la volonté législative, et dans le second par la conscience populaire [1].

10. Le mot « loi » est souvent pris comme synonyme de droit [2]. On dit en ce sens que la loi permet ou défend tel acte. Dans la langue juridique [3], la loi est, en effet, dans son acception la plus large, toute règle de conduite dont l'observation peut être imposée par la puissance publique : *lex est commune præceptum*. L'ensemble de ces lois ou règles constitue donc le droit. Mais, lorsqu'on se préoccupe de la source d'où elles dérivent, volonté expresse du législateur ou coutume, on doit, en un sens étroit, définir la loi toute règle juridiquement obligatoire qui a été établie expressément par le législateur : la loi, par opposition au droit coutumier, devient alors synonyme de droit écrit [4].

Quant à l'étymologie du mot loi, qui est des plus obscures, les uns la trouvent dans le verbe *ligare*, lier; les autres, d'après Cicéron lui-même, dans le verbe *legere*, choisir, parce que le législateur choisit les règles de conduite dont il impose le respect à tous; et d'autres enfin la tirent du verbe

(1) Aubry et Rau, I, § 2, p. 4; Demolombe, I, n. 5; Demante, I, *Introd.*, n. 6; Huc, I, n. 6 et 7; Beudant, *Introd.*, n. 15 s.; Planiol, I, n. 4.

(2) Cf. Massot, Du droit et de la loi, *Rev. de législ. et de jurisp.*, 1839, IX, p. 184.

(3) Dans le langage scientifique, la loi exprime le mode selon lequel s'accomplit nécessairement un phénomène dans des conditions données. Par lois naturelles, il faut donc entendre les règles ou tendances à la régularité auxquelles sont soumis les phénomènes naturels. Ce sens particulier du mot « loi » est évidemment dérivé de celui qu'il a dans la langue du droit. — Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 4.

(4) Cpr. Aubry et Rau, I, § 4, p. 10; Demolombe, I, n. 2; Demante, I, *Introd.*, n. 1; Laurent, I, n. 2; Beudant, *Introd.*, n. 4. — Cf. *infra*, n. 16.

legere, lire, la loi proprement dite ayant été à l'origine ce qui se lisait sur les tables où elle était inscrite (1).

11. Le moyen employé pour assurer l'observation de la loi porte le nom de sanction (2). Et comme les moyens par lesquels la volonté des individus peut être contrainte sont très divers, il y a différentes espèces de sanctions. L'inobservation de la loi peut entraîner, ou l'inexistence même de l'acte fait en contravention des dispositions légales, ou seulement sa nullité, soit absolue, soit relative, ou bien des déchéances, ou bien encore des pénalités proprement dites, ou bien enfin l'obligation de réparer, par des dommages-intérêts, le préjudice causé. Les lois dont l'application est ainsi assurée, sont dites parfaites. Leur sanction peut d'ailleurs consister, soit dans l'un seul des moyens qui viennent d'être énumérés, soit dans la combinaison de plusieurs d'entre eux.

Parfois cette sanction, sans être aussi efficace, consiste uniquement dans certaines précautions prises par le législateur pour prévenir la violation de ses prescriptions, laquelle n'entraîne pourtant, lorsqu'elle parvient à se réaliser, aucune des conséquences indiquées. Telle est la sanction des empêchements au mariage qui ne sont que prohibitifs. On pourrait dire des lois qui n'ont que celle-là qu'elles sont moins que parfaites.

Enfin certaines lois sont démunies de toute sanction positive, de quelque nature que ce soit : elles sont dites imparfaites (3). Tel est notamment le caractère nécessaire des lois dites naturelles, dont la sanction ne peut point, par la force même des choses, être positive et reste exclusivement morale : remords ou satisfaction de conscience, crainte de châtiments ou espoir de récompenses dans une autre vie.

12. Déjà par la recherche et la coordination systématique des divers préceptes dont il se compose, le droit devient une science, si du moins on veut entendre par là tout ensemble

(1) Cf. Planiol, I, p. 5, note 1. — Cpr. Littré, *Dictionn. de la langue française*, v° *Loi*.

(2) Cf. sur l'autre sens du mot « sanction », *infra*, n. 85.

(3) *Prologue des règles d'Ulpien*, §§ 1 et 2. — Cf. Aubry et Rau, I, § 37, p. 179 s.; Laurent, I, n. 36 à 45; Beudant, *Introd.*, n. 4 et 7.

de principes logiquement coordonnés [1]. Mais c'est encore et surtout une science par les sources auxquelles il puise, c'est-à-dire par ce fonds vivant de réalités objectives qu'observent les disciplines connexes et qui lui sert en quelque sorte à lui-même de matière première. On l'appelle souvent science de la *législation*. En ce sens, le terme « jurisprudence » est, au moins dans l'une de ses acceptions, synonyme de droit. Aussi ceux qui cultivent ou possèdent cette science sont-ils appelés jurisconsultes (*jurisconsulti*) ou jurisprudents (*jurisprudentes*) [2].

Mais le droit est aussi un art, en tant qu'il a pour objet la réalisation de fins pratiques ou qu'il constitue la mise en œuvre des résultats des autres sciences sociales, et parce qu'il est dominé par les prescriptions de ses sources formelles et par les règles mêmes de sa technique.

13. En tant que science, le droit appartient au groupe des sciences sociales, plus communément appelées autrefois sciences morales et politiques, lesquelles ont toutes pour objet l'étude de l'homme en société. Comme tel, il entretient des rapports plus ou moins étroits avec les autres sciences qui font partie du même groupe : avec la morale d'abord, dont il ne doit jamais contredire les préceptes, s'il n'est pas tenu, ainsi qu'on l'a vu, de tous les consacrer ; avec l'économie politique [3], qui permet de discerner les institutions juridiques les plus favorables au développement de la richesse publique ; avec la politique, appelée à poser les règles du gouvernement des nations ; avec l'histoire, qui fournit au droit les

(1) Portalis, *Exp. des mot.* de la loi du 30 ventôse an XII, Fenet, *Trav. prépar. du Code civil*, I, p. XCVII. — Cf. sur la distinction du droit en science et en art, Gény, *op. cit.*, p. 16 s. et p. 590 s. — M. Planiol (I, n. 3) distingue la *science* du droit et l'*art* du jurisconsulte, ce dernier étant la mise en pratique de la *science* du droit.

(2) Demolombe, I, n. 13; Demante, I, *Introd.*, n. 3; Beudant, *Introd.*, n. 5. — Cf. L. 10, 2, D., *De just. et jure*, I. 1 ; Justinien, *Instit.*, § 1, *De just. et jure*, I. 1.

(3) Rivet, *Des rapports du droit et de la législation avec l'économie politique*, 1864 ; Minghetti, *Des rapports de l'économie politique avec la morale et le droit*, 1864 ; A. Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885 ; Béchaux, *Le droit et les faits économiques*, 1889. — Cf. Turgeon, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1895, XXX, p. 220 s. ; Thaller, *Annales de dr. comm.*, 1899, XIII, p. 7.

enseignements du passé ; avec la sociologie enfin, qui montre l'évolution suivie par les différents rapports sociaux [1].

§ II. *Divisions du droit.*

14. Selon qu'on l'envisage sous des aspects différents, le droit se distingue en :

I. Droit national et droit international. — Cette distinction est faite au point de vue des rapports que le droit régit, ou de son objet.

A. Le droit national ou interne est le droit qui régit les rapports nationaux, c'est-à-dire les rapports des particuliers du pays où il est en vigueur entre eux ou avec la puissance publique, et qui organise cette puissance même.

Il est lui-même public ou privé. Cette dernière distinction, qui remonte aux jurisconsultes romains [2], n'est pourtant pas admise par MM. Aubry et Rau [3], qui font remarquer qu'elle n'est pas rigoureusement exacte, puisque, s'il y a des lois plus particulièrement relatives, les unes aux intérêts privés, les autres à l'intérêt public, « la plupart touchent également à ces deux ordres d'intérêts ». Mais cette observation ne serait juste que si par droit public on entendait l'ensemble des lois d'intérêt public, et par droit privé le corps des lois d'intérêt privé. Or tout autre est la définition qu'avec beaucoup d'auteurs nous donnons de ces deux espèces de droits [4].

a. Le droit public national est celui qui organise la puissance publique et règle les rapports des particuliers avec celle-ci, considérée en tant que puissance publique.

Il se subdivise en : 1° droit constitutionnel, qui organise la puissance publique, c'est-à-dire règle la constitution et les attributions de l'Etat; 2° droit administratif, qui règle les rapports de l'Etat et des particuliers et le fonctionnement des services publics [5] ; 3° droit criminel ou pénal, qui détermine

(1) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 512 s.

(2) Justinien, *Inst.*, § 4, *De just. et jure*, I, 1.

(3) I, § 2, p. 3, n. 1.

(4) Cf. Demolombe, I, n. 16 ; Demante, I, *Introd.*, n. 9 ; Beudant, *Introd.*, n. 18 s. — Cpr. Planiol, I, n. 19.

(5) Certains auteurs distinguent, dans cette même branche, le droit public pro-

les infractions punissables et les peines qui leur sont applicables [1].

b. Le droit privé national est celui qui règle les rapports de particulier à particulier ou même les rapports des particuliers avec les personnes publiques, mais en tant seulement qu'elles sont susceptibles d'avoir avec eux de simples rapports d'intérêt privé, analogues aux premiers. On donne fréquemment au droit privé le nom de droit civil *hoc sensu* [2]. Il lui vient peut-être de ce que, après avoir durant des siècles désigné ainsi le droit romain, le *jus civile* par excellence, on finit par ne plus qualifier de droit civil que la partie de cette législation relative au droit privé, parce que c'était la seule qui eût conservé tout son intérêt, tandis que l'autre partie l'avait perdu avec les changements de l'organisation publique [3].

Dans un sens plus restreint, on oppose le droit civil, applicable en général à tous les rapports de droit privé et constitutif du droit commun, au droit commercial, qui contient les règles spécialement applicables aux commerçants et aux actes de commerce [4].

L'importance croissante de la réglementation des rapports entre patrons et ouvriers, le souci de plus en plus vif d'assurer la bonne exploitation du sol, et enfin le développement des possessions coloniales ont amené, d'autre part, la constitution, à l'état de branches distinctes du droit, de la législation industrielle, de la législation rurale et de la législation coloniale. Mais leur domaine déborde singulièrement le droit

prement dit, « ensemble de règles relatives aux droits des individus vis-à-vis de l'Etat » et qui « sont la base de notre état social », du droit administratif, « ensemble de règles relatives à l'organisation et aux droits de l'Etat envisagés comme intéressant le fonctionnement des services publics ». Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3e édit., p. XII. Cpr. 4e édit., 1901, p. 1 et p. 204.

(1) G. Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 2e édit., n. 60.

(2) Cf. sur un autre sens des mots « droit civil », *infra*, n. 15.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 25.

(4) Cf. sur les rapports du droit civil et du droit commercial, Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. commercial*, I, n. 74-76; Lyon-Caen, De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804 *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, publié par la Société d'études législatives, I, p. 205; Thaller, De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial (*ibid.*, p. 223).

privé et empiète plus ou moins, suivant leur objet propre, sur le droit public [1].

Parmi les règles qui composent le droit privé, il en est, d'ailleurs, à l'observation desquelles l'ordre public est trop intéressé pour qu'elles puissent souffrir la moindre atteinte de la part des particuliers : ce sont celles-là que vise l'art. 6 et qu'on désigne parfois sous la dénomination tout à fait impropre, et qu'il convient par suite d'éviter, de droit public [2].

B. Le droit international ou externe est celui qui régit les rapporte internationaux, c'est-à-dire les rapports d'Etat à Etat et les rapports des particuliers d'une nation avec les particuliers d'une autre nation ou avec un autre Etat que celui dont ils relèvent.

Comme le droit national, il se subdivise en public et privé.

a. Le droit international public est celui qui régit les rapports des Etats au point de vue de leurs intérêts généraux. Ce droit puise sa force en lui-même; il n'y a pas, sauf dans les fédérations d'Etats, d'autorité supérieure pour le faire respecter. En l'état actuel des choses, il n'a pas d'autre sanction matérielle que l'emploi de la force de la part de la nation qui se croit atteinte dans ses droits. Entre particuliers, dit M. Acollas, c'est un principe que nul ne peut se faire justice à soi-même; entre nations, le principe est renversé. La procédure de l'arbitrage tend à donner à ce droit la vraie sanction qui lui manque.

On désigne parfois le droit international public sous le nom de droit des gens (*jus inter gentes*); mais, comme ce nom a une autre signification, il est préférable de ne pas le lui donner.

b. Le droit international privé régit les rapports des individus de nationalités différentes entre eux ou avec les Etats étrangers, en tant que ceux-ci sont susceptibles d'avoir des rapports de pur intérêt privé. On peut dire encore qu'il a pour objet de résoudre les conflits de lois de nationalités différentes et de déterminer quelle est celle de ces lois qui est applicable à un rapport de droit [3].

(1) Planiol, I, n. 28-30.
(2) Demolombe, I, n. 17-20.
(3) Cf. Aubry et Rau, I, § 3, p. 5 à 9.

15. II. Droit civil et droit des gens. — Cette distinction est faite au point de vue de l'étendue d'application du droit, ou des personnes qu'il régit, et ne porte du reste que sur le droit privé. L'expression « droit civil » y est alors prise dans un sens étroit, d'ailleurs différent de l'acception restreinte qui a déjà été déterminée [1].

Le droit civil *hoc sensu* (*jus civile*) comprend les seules dispositions légales qui ne sont applicables qu'aux nationaux et dont le bénéfice n'appartient qu'à eux, à l'exclusion des étrangers, tandis que la partie, beaucoup plus considérable, du droit privé qui est applicable aux étrangers comme aux nationaux, constitue le droit des gens (*jus gentium*), ainsi qualifié par les jurisconsultes romains parce qu'ils le considéraient comme étant en vigueur chez les divers peuples civilisés. « Les philosophes, dit Rabelais [2], nomment *jus gentium* le droit universel valable par toutes contrées ». Le droit civil est donc, en ce sens, le corps des règles considérées comme propres à une nation et par suite incommunicables aux étrangers, *quasi jus proprium ipsius civitatis* [3]; le droit des gens, l'ensemble des règles admises par toutes les nations et par là applicables aux étrangers eux-mêmes, *quasi quo jure omnes gentes utuntur*.

16. III. Droit écrit et droit non écrit ou coutumier. — Cette distinction est faite au point de vue de la source du droit, c'est-à-dire de son mode d'origine ou de l'autorité qui l'a établi [4]; les termes en ont été empruntés au droit romain [5].

Le droit écrit (*jus scriptum*) est celui qui a été expressément formulé par l'autorité publique, qu'il ait été ou non d'ailleurs constaté par écrit. Cette dénomination de droit écrit, impropre pour les époques où le législateur ne manifeste sa volonté que par des paroles, convient aux temps comme les nôtres, où le mode normal de cette manifestation est l'écriture. Le droit écrit est donc essentiellement l'œuvre

(1) Cf. *supra*, n. 14.
(2) *Gargantua*, ch. X.
(3) Gaius, I, § 1; Justinien, *Instit.*, § 1, *De jur. nat., gent. et civ.*, I, 2.
(4) Cf. Planiol, I, n. 10.
(5) Justinien, *Instit.*, § 3, *hoc. tit.*

de l'autorité publique : il résulte d'une déclaration expresse et précise de sa volonté [1].

Le droit non écrit ou coutumier *(jus non scriptum)* est celui qui s'est introduit par l'usage ou la coutume, c'est-à-dire par l'observation constante, dans la pratique, des mêmes règles, réputées juridiquement obligatoires, et qui doivent leur autorité au consentement des intéressés. « *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* » [2]. Il est donc l'œuvre immédiate de ceux qu'il doit régir, des particuliers, et jaillit du fond de la conscience populaire.

Peu importe, d'ailleurs, que ce droit non écrit ait été ou non constaté plus tard par l'écriture. Ainsi le droit introduit par l'usage dans les différentes provinces de notre ancienne France n'aurait pas cessé d'être un droit coutumier, même après la rédaction des *Coutumes,* si l'Ordonnance de 1453, qui la prescrivit, ne l'avait transformé en un véritable droit écrit, par les effets particuliers qui furent reconnus à cette rédaction [3]. De même la loi du 13 juin 1866 concernant les usages commerciaux n'a pas, en constatant l'existence de certains de ces usages en matière de vente commerciale, modifié, au point de vue du moins de leur origine, leur nature législative. Par où l'on voit que l'expression « droit non écrit » est encore plus mal choisie que celle de « droit écrit ».

On eût mieux traduit cette différence des deux sortes de droit en employant les expressions : *droit promulgué, droit non promulgué, droit formulé* ou *droit non formulé,* ou celles de *droit exprès, droit tacite,* ou enfin celles, plus claires encore, de *droit coutumier, droit non coutumier* [4].

16 *bis*. On peut encore distinguer, si du moins on n'admet pas que le droit tout entier procède de la loi, deux espèces de sources du droit. Les unes, dont la loi est le type par

(1) *Liv. prélim.*, tit. I, art. 6, Fenet, *Trav. prép. du code civil,* II, p. 4. — Cpr. sur les caractères du droit écrit, Gény, *op. cit.*, p. 208 s.

(2) Justinien, *Instit.*, § 9, *hoc. tit.* — Cpr. L. 32, 1, D., *De legibus,* I, 3.

(3) Cf. *infra,* n. 43.

(4) Aubry et Rau, I, § 2, p. 4, et § 23, p. 74 et 75, n. 1 et 2 ; Demolombe, I, n. 21 ; Demante, I, *Introd.*, n. 8 ; Huc, I, n. 51 ; Beudant, *Introd.*, n. 23 et n. 54 ; Planiol, I, n. 11 s. ; Capitant, p. 19.

excellence, peuvent être appelées sources formelles : elles consistent en des injonctions d'autorités extérieures à l'interprète et qui, commes telles, s'imposent à lui. Les autres dérivent, au contraire, de sa libre recherche : il va puiser lui-même dans la nature objective des choses les règles applicables aux rapports des hommes, lorsque ces règles n'ont été déterminées par aucune des sources formelles [1].

17. C'est ici qu'il faut se demander quelle est actuellement, dans notre droit français, la force de la coutume. L'usage peut-il donner naissance à une règle juridique, ou, comme on dit, « faire loi » ? Peut-il, d'autre part, lorsqu'il est contraire à la loi, l'abroger? Enfin le non-usage peut-il abroger la loi, c'est-à-dire celle-ci peut-elle tomber en désuétude? Ces deux dernières questions, étroitement liées l'une à l'autre, seront traitées à l'occasion de l'abrogation des lois, mais la première doit l'être immédiatement.

18. La coutume est-elle donc encore aujourd'hui une source du droit [2]? L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne les usages qui ont été, ainsi qu'on le dit généralement, « consacrés par la loi », ou plus exactement auxquels elle a renvoyé et dont elle a par là prescrit l'observation. C'est en effet comme si les règles introduites par la coutume avaient été expressément formulées par l'autorité publique elle-même : celle-ci s'est seulement remise du soin de les établir à la communauté des particuliers, de façon que, en naissant spontanément de la vie sociale, elles fussent en tout temps et en tout lieu, aussi exactement que possible adaptées à la satisfaction des besoins qui les ont fait apparaître. Aussi les rédacteurs du code civil, pour ne parler que de celui-là, se sont-ils, en des cas nombreux, référés à ces usages (art. 590, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1648). Et souvent l'importance en est grande, puisque notamment, aux termes de l'art. 1135, les conventions obligent à toutes les suites que donne l'usage à l'obligation d'après sa nature [3].

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 206 s. — Cf. *infra*, n. 264 *bis* XI.

[2] Sur la place que pourrait occuper la coutume, comme source du droit privé, dans notre état social actuel, cf. Gény, *op cit.*, p. 282 s.

[3] Aubry et Rau, I, § 23, p. 75, n. 4; Demolombe, I, n. 33; Beudant, *Introd.*,

19. Leur force, d'autre part, n'est pas moins considérable, dans tous ces cas, que celle de la loi, puisqu'il est admis en doctrine que leur violation, lorsque du moins le juge du fait a reconnu l'existence de ces usages, donne ouverture à cassation (1). Il est permis de dire en effet que l'usage auquel la loi renvoie doit être réputé y être écrit, et que dès lors son observation doit être assurée comme celle de la loi même. Telle paraît être aussi sur ce point la jurisprudence, quoique l'un des arrêts de la cour suprême (2) semble, par sa généralité, contraire à cette opinion.

Au surplus, tous les usages qui rentrent dans cette première catégorie ont, sauf disposition contraire de la loi, la même autorité : il suffit que leur existence au moment même où on les applique soit constatée, que leur origine soit antérieure ou qu'elle soit postérieure à la mise en vigueur du code civil.

20. Mais les usages auxquels la loi ne renvoie pas, et qui ne lui sont pas contraires, ont-ils force obligatoire?

Ils l'avaient en droit romain, où déjà la coutume apparaissait comme une loi tacitement consentie : « *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* » (3). Ils l'avaient pareillement dans notre ancien droit français, où, par une suite de la même conception (4), le roi, investi à la fois du pouvoir souverain et de la puissance législative, pouvait être censé déléguer à ses sujets une partie de l'exercice de cette dernière et leur permettre de combler, sur les points où le besoin s'en ferait sentir, les lacunes de la législation. D'autre

n. 55; Planiol, I, n. 14; Gény, *op. cit.*, p. 287; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 77, 78 et 82. — Cf. Circ. min., 26 juill. 1844, D., 45. 3. 76.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Usage*, § 3, et v° *Lois*, sect. 7, § 2; Aubry et Rau, I, § 23, p. 75, n. 5; Demolombe, I, n. 33; Duranton, I, n. 102; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, p. 7, note 1; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 8 et 118. — Req. rej., 14 août 1817, S., 19. 1. 29, D., *Rép.*, v° *Cass.*, n. 1403. — Civ. cass., 29 juill. 1889, S., 89. 1. 377 et note, D., 90. 1. 109. — Orléans, 20 déc. 1889, S., 90. 2. 127, D., 90. 5. 327. — Cpr. Huc, I, n. 52.

(2) Req. rej., 3 juill. 1844, S., 44. 1. 668, D., 44. 1. 279. — L'existence de l'usage n'était pas d'ailleurs reconnue par le juge du fait. — Cf. Concl. du minist. publ., Cass., 18 fév. 1884, S., 85. 1. 205, D., 84. 1. 187.

(3) L. 32, 1, D., *De legibus*, I, 3.

(4) Cf. sur cette conception, Gény, *op. cit.*, p. 291 s.

part, il est bien certain que la loi du 30 ventôse an XII (art. 7) n'a dénié toute autorité qu'aux usages déjà en vigueur lors de la codification, et que, depuis, aucune autre loi n'a statué sur celle des coutumes qui se formeraient postérieurement. Même le livre préliminaire du projet de Code civil (tit. I, art. 4 et 5 : titre V, art. 15) [1] consacrait formellement cette autorité, du moins à titre de supplément à la loi. Faut-il donc, dans ces limites, la leur reconnaître encore aujourd'hui ? La réponse à cette question dépend de la nature qu'on assigne à la coutume.

Se la représente-t-on, suivant l'idée romaine, comme une sorte de la loi tacite et comme l'expression indirecte de la volonté législative, œuvre d'un pouvoir délégué ? Cette force obligatoire de la coutume paraît alors incompatible avec l'existence d'une constitution, comme la nôtre, où les pouvoirs sont séparés, où la souveraineté ne réside nullement, contrairement à l'opinion vulgaire, dans le pouvoir législatif, et où ce pouvoir, chargé de faire la loi (loi const. du 25 fév. 1875, art. 1er), ne saurait permettre à la communauté des citoyens de la faire à sa place, soit directement par un vote exprès, soit indirectement par l'observation de certains usages. Vainement objecterait-on que la nation peut être, mieux que ses représentants, instruite de ses besoins véritables, et mieux qu'eux en mesure de discerner les moyens les plus appropriés de leur donner satisfaction. Cette observation, fût-elle vraie, procèderait d'une opinion diamétralement opposée à l'idée même de toute constitution semblable à celle qui nous régit : la nation ayant délégué le pouvoir législatif à deux Chambres, celles-ci ne pourraient, sans violer la loi même de leur institution, le déléguer à leur tour à ceux dont elles le tiennent.

Cet argument d'ordre constitutionnel n'ayant pas encore été réfuté, on comprend que la doctrine française, qui s'y est tenue exclusivement, dénie à la coutume, dans sa presque unanimité, la qualité de source supplétive du droit [2].

[1] Fenet, *op. cit.*, II, p. 4 et 7. — Cf. Gény, *op. cit.*, p. 288.

[2] Aubry et Rau, I, § 23, p. 76 ; Demolombe, I, n. 34 ; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 119 ; Moreau, *Dr. constit.*, 2e éd., 1894, n. 295 ; Dissert., S., 1809. 2. 376. —

Dans cette doctrine, le juge n'est donc pas autorisé à tenir pour obligatoires des usages qui, sans être contraires à la loi, ne sont pas consacrés par elle. Mais il ne lui est cependant pas défendu d'y avoir égard en tant qu'éléments d'interprétation de la loi ou de la volonté des parties (1).

Mais de très graves objections peuvent être élevées contre ces conclusions, au point de vue sociologique. Quels que soient la perfection et les développements de la législation écrite, elle reste, par nature, impuissante à saisir à temps toutes les manifestations de la vie pour leur donner les règles qu'elles comportent. Pourquoi ces règles ne surgiraient-elles pas alors du fond de la conscience collective, et précisément de la pratique de ceux qu'elles intéressent le plus, alors qu'ils s'y conforment avec le sentiment d'obéir à une nécessité juridique? La consécration de l'autorité de ces règles coutumières n'est-elle pas une garantie de sécurité et de stabilité, puisqu'elles donnent une organisation définie à des rapports sur lesquels la loi n'a pas encore statué, et par conséquent une discipline aux activités qu'ils supposent? (2).

On remarquera toutefois qu'en imposant au juge le respect de la coutume, comme source supplétive du droit, on le prive par là même de la faculté d'organiser les rapports nouveaux au mieux des besoins sociaux, tels que les lui révèlerait la libre recherche scientifique (3). On substitue ainsi à sa conviction éclairée et réfléchie le produit plus ou moins instinctif et inconscient d'une opinion qui peut être très mal inspirée. Ne vaut-il pas mieux lui laisser la liberté de la redresser, le cas échéant, ou de s'y ranger, si elle répond aux nécessités réelles de la situation? La véritable utilité de la coutume serait, par

Cette opinion que la loi française est hostile à la coutume est courante en Allemagne. Cf. Gény, *op. cit.*, p. 286, note 2. — *Contra* : Beudant, *Introd.*, n. 54 et 55; Boistel, *Dr. commerc.*, 4e éd., 1890, n. 21 s. On peut aussi invoquer, en sens contraire, l'autorité de Portalis, qui dit expressément, dans son *Discours préliminaire du code civil* (Fenet, I, p. 471; Locré, I, p. 259), que, « à défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi.... tient lieu de loi ».

(1) Sur l'interprétation par l'usage, cf. Gény, *op. cit.*, p. 342.

(2) Pour le développement de ce point de vue, cf. Gény, *op. cit.*, p. 289 s.

(3) Cf. *infra*, n. 264 *bis* XI.

la désuétude ou par l'usage contraire, de nous débarrasser des mauvaises lois. Mais on verra justement que beaucoup de ceux qui l'admettent à combler les lacunes de la loi lui dénient le pouvoir de l'abroger.

21. Quelque opinion qu'on adopte sur la question précédente, on admet généralement en droit commercial que l'usage supplée au silence de la loi. On justifie cette solution en observant que ce droit, *consuetudo mercatorum,* a été longtemps presque purement coutumier, et que la codification a eu simplement « pour but de donner une formule précise à la coutume sur les points les plus importants ». Mieux vaudrait dire que le commerce, qui vit de sécurité et de célérité, ne saurait se passer d'une source du droit qui fixe rapidement et sûrement, à défaut de la loi, les règles des relations d'affaires (1).

22. Il faut observer, en outre, que, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII n'ayant pas abrogé les usages antérieurs à sa promulgation dans les matières qui ne font pas l'objet des lois composant le code civil, comme les usages commerciaux, et ces usages n'ayant pas été visés non plus par l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807 relative à la promulgation du Code de commerce (2), ces usages ont dû nécessairement conserver leur force obligatoire, à la condition, bien entendu, qu'ils aient persisté jusqu'à l'époque où leur application est requise et qu'ils ne soient pas contraires à une loi postérieure (3).

23. Cette proposition admise, il nous paraît tout à fait illogique de décider, comme le font beaucoup d'auteurs (4), que

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 75; Planiol, I, n. 12; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.,* I, n. 77-79; Boistel, *op. cit.,* n. 22; Thaller, *op. cit.,* n. 49-52; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 130 et 131. — Les usages commerciaux ne peuvent être invoqués que dans le silence de la loi ou de la convention. Cf. Req. rej., 29 mai 1902, S., 1903. 1. 347, D., 1902. 1. 343.

(2) L'avis du Conseil d'Etat des 13-22 décembre 1811, portant que, dans le silence de ce Code, les tribunaux doivent juger « d'après le droit commun et les usages du commerce », n'a pas été inséré au *Bulletin des Lois,* et par suite n'a pas force obligatoire.

(3) Avis C. d'Ét., 13-22 déc. 1811. — Aubry et Rau, I, § 23, p. 75, n. 6, et § 20, p. 55, n. 9; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.,* I, n. 82 et 83; Gény, *op. cit.,* p. 340.

(4) Merlin, *Rép.,* v° *Legs,* sect. VII, § 2, et *Quest.,* v° *Intérêts,* § 2; Aubry et Rau, *loc. cit.,* n. 7; Toullier, I, n. 164; Boistel, *op. cit.,* n. 22; Crépon, *Cass. en matière civile,* n. 2909 s. — Req. rej., 3 juill. 1844, S., 44. 1. 667, D., 44. 1. 279.

la violation des usages de cette catégorie ne donne pas ouverture à cassation. Qu'importe que l'usage ait été sanctionné expressément par la loi, ou qu'il n'ait pas, alors qu'il existait lors de la promulgation de celle-ci, été abrogé par elle? Dans les deux cas, la volonté du législateur est qu'il conserve sa force obligatoire, puisqu'il ne la lui a pas enlevée. Comment alors cette force serait-elle plus puissante lorsque cette volonté est expresse que lorsqu'elle est tacite ? Et pourquoi dépendrait-il du juge du fait, dans ce dernier cas, d'observer ou de ne pas observer une règle obligatoire (1)?

24. Il reste à rechercher à quels signes et comment, dans les cas où l'usage est juridiquement obligatoire, l'existence en peut et doit être reconnue.

L'existence d'un usage est subordonnée à la réunion de quatre conditions (2) :

1° La coutume, pratique ou habitude, relative à un rapport social, qui constitue l'usage, doit résulter d'une série de faits multiples et identiques qui en démontrent la constance (3). Mais il n'est pas nécessaire d'ailleurs qu'elle soit universelle : son existence et sa force peuvent être limitées à une certaine communauté juridique, que ce soit à un lieu ou à une certaine catégorie de personnes (4). Et il n'est pas exigé non plus que cette habitude n'ait jamais été l'objet de résistances ou de contradictions, si, par sa régularité, elle n'en est pas moins bien établie et reçue.

2° Cette coutume doit être établie depuis un certain temps, c'est-à-dire être prouvée par le renouvellement des mêmes faits pendant une certaine durée, que, dans le silence des textes, il est impossible de fixer *a priori* (5). Cette condition,

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 85.

(2) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Usages*, § 1, n. 3 ; Aubry et Rau, I, § 23, p. 76, n. 10 et 11 ; Toullier, I, n. 158 ; Savigny, *Système de droit romain*, trad. Guenoux, I, § 29 s., p. 166 s. ; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 123 s. — Civ. cass., 29 déc. 1829, S., 30. 1. 305, D., 30. 1. 30. — Colmar, 26 nov. 1836, S., 37. 2. 240, D., 38. 2. 88. — Req. rej., 9 avril 1838, S., 38. 1. 302, D., 38. 1. 349.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 278 et 311 s. — Cf. *Liv. prélim. du projet de Code civ.*, tit. I, art. 5; Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 4.

(4) Gény, *op. cit.*, p. 281 et p. 327 s.

(5) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 312 s.

relative elle aussi à l'élément matériel de la coutume, pourrait être confondue avec la précédente dans les termes suivants : la pratique qui donne naissance à l'usage doit être constante.

3° Cette pratique doit être considérée par ceux qui s'y conforment comme absolument obligatoire, de telle sorte que le respect puisse en être exigé au besoin par les voies de droit (*opinio juris vel necessitatis*) : ce n'est qu'à cette condition, relative celle-là à l'élément psychologique de la coutume, qu'elle s'appuie sur un sentiment juridique (1). Il n'y aurait donc pas d'usage, au sens juridique du mot, à raison de l'absence de cette condition, si les faits qui lui servent de base n'étaient le résultat que d'une simple tolérance, de voisinage, par exemple, ou bien si l'on ne se conformait à la coutume que par respect des convenances ou des précédents, ou pour ne pas rompre avec des habitudes plus ou moins anciennes, mais considérées en tout cas comme n'étant, en droit, nullement obligatoires (2).

En conséquence, il faut distinguer de la coutume véritable ces simples pratiques de la vie sociale, qui n'impliquent aucune idée coercitive, comme aussi ces « usages conventionnels » eux-mêmes, qui s'en rapprochent déjà davantage, mais qui ne fournissent qu'une explication ou un complément de la volonté des parties, et qui constituent plutôt, comme telles, des dispositions de droit subjectif que des dispositions de droit objectif. Les usages de cette dernière catégorie sont ceux qu'on sous-entend, en vertu du principe d'autonomie, dans la formation de certains contrats ou actes juridiques, comme des compléments implicites de ces actes. Le code civil y a fait plus d'une allusion (Cf. art. **1736**, **1745**, **1748**, **1753**, **1754**, **1757-1759**, **1762**, **1777**, **1780**), et la loi du **13** juin **1866**, en matière commerciale, a fixé certains d'entre eux. Or, ce qui les distingue de la vraie coutume, c'est qu'ils ne sont obligatoires pour les parties que parce qu'elles sont

(1) Gény, *op. cit.*, p. 278 s. et p. 314. — Civ. cass., 12 févr. 1861, S., 61. 1. 327, D., 61. 1. 120.

(2) Gény, *loc. cit.* — Civ. cass., 27 déc. 1886, S., 87. 1. 204, D., 87. 1. 274. — Trib. civ. de Rethel, 20 mars 1901, D., 1901. 2. 400.

censées s'y être elles-mêmes référées librement, tandis que la coutume s'impose à elles en vertu de l'assentiment général qui en est la source. En d'autres termes, ces usages sont des éléments de fait, tandis que la coutume est un élément de droit. Ils ont force de convention plutôt que force de loi (1). Et de cette différence fondamentale doivent dériver des différences secondaires, notamment au point de vue de la preuve et des pouvoirs de la cour de cassation, lorsque leur existence a été méconnue (2).

4° Enfin cette pratique ne doit pas être, directement ou indirectement, contraire à la loi (3), à moins que l'usage n'ait, par exception, la force d'abroger celle-ci (4). Cette condition est uniquement négative. Il ne faut donc pas, par surcroît, ce qui serait une condition positive, ajouter au nombre des éléments d'existence de la coutume l'approbation tacite du pouvoir législatif, si du moins on admet qu'elle constitue par elle-même une source de droit distincte de la loi (5). Moins encore exige-t-elle pour sa formation la consécration d'une suite de décisions judiciaires, puisqu'elle prend son origine dans les actes volontaires des intéressés, et que ces décisions sont des actes d'autorité. Mais la répétition et l'uniformité de ces décisions contribueraient évidemment à la fixation et à la détermination précise des pratiques coutumières (6).

Au contraire, il faudrait considérer comme dénuées de toute force les coutumes qu'on a appelées *irrationnelles* ou *antisociales,* c'est-à-dire qui iraient à l'encontre de la morale ou des principes essentiels sur lesquels repose notre organisation politique ou économique. Ces principes domineraient en effet les prétendues nécessités auxquelles elles se proposeraient d'accorder satisfaction (7).

(1) Thaller, *op. cit.*, n. 49.

(2) Cf. sur cette distinction délicate, Gény, *op. cit.*, p. 280, 312 s. et 366 s.

(3) Cpr. Riom, 7 fév. 1900, S., 1903. 2. 225.

(4) Cf. *infra,* n. 123 et 124.

(5) Gény, *op. cit.*, p. 317 s.

(6) Gény, *op. cit.*, p. 318 s. et p. 334 s. — Cpr. Portalis, *Disc. prél. du Code civil* (Fenet, I, p. 471 ; Locré, I, p. 259).

(7) Toullier, I, n. 165; Gény, *op. cit.*, p. 323 s.; Boistel, *Rev. gén. du droit,*

25. La preuve de l'existence de l'usage s'établit comme celle de tout fait juridique, quoique les règles de droit ne puissent être d'ordinaire l'objet d'une preuve proprement dite. Cette dérogation au principe s'explique par la nature même de la règle de droit née de la coutume. L'usage peut, en conséquence, être toujours prouvé par témoins (1). Il semblerait pouvoir l'être aussi par écrit, surtout en matière commerciale. Cette preuve littérale d'un genre particulier résulterait de l'attestation, émanée de certains corps, tels que les chambres de commerce ou les syndicats professionnels (2), ou de certaines personnes, telles que des négociants ou des courtiers, que l'usage existe. Mais, à vrai dire, ces attestations ou parères ne sont que des témoignages écrits, qui tiennent lieu des témoignages oraux que comporte la preuve testimoniale ordinaire.

26. De ce que la preuve de l'usage est soumise aux règles du droit commun, notre doctrine a déduit très généralement que le juge n'est pas admis à en faire l'application sans en avoir, au préalable, ordonné la preuve, lorsque son existence est contestée (3). La connaissance personnelle qu'il aurait de celle-ci ne saurait le soustraire à cette obligation, a-t-elle dit, puisqu'il n'est jamais autorisé à asseoir sa conviction sur d'autres éléments de preuve que ceux qui dérivent du procès. Pour la même raison, le juge ne pourrait pas non plus déclarer un usage constant, par cela seul qu'il a été reconnu comme tel par une décision antérieure émanant de lui-même, si récente fût-elle, d'autant plus que l'existence de l'usage doit être établie au moment précis où l'application en est requise.

1879, III, p. 180. — Cpr. Riom, 7 fév. 1900 et Trib. civ. Rethel, 20 mars 1901, déjà cités.

(1) Aubry et Rau, VIII, § 749, p. 152, n. 4; Demolombe, XI, n. 491; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 126 s. — Poitiers, 7 janv. 1834, S., 34. 2. 165, D., 34. 2. 134. — Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 305 s.

(2) Décret du 3 sept. 1851, art. 12; loi du 21 mars 1884, art. 6. — Cf. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 80; Thaller, *op. cit.*, n. 49.

(3) Loysel, *Instit. coutumière*, liv. V, tit. V, reg. 13; Jousse, sur l'art. 1, tit. XIII, de l'ord. de 1667; Merlin, *Rép.*, v° *Notoriété* (acte de), n. 1; Aubry et Rau, VIII, § 749, p. 152, n. 4; Demolombe, XXIX, n. 184; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 80; Garsonnet, *Traité de procéd.*, 2e éd., 1898, II, § 691, p. 477. — Cpr. Thaller, *op.* et *loc. cit.*

Ces solutions, que nous avions nous-mêmes admises, nous paraissent, après nouvel examen, devoir être écartées. Elles s'expliquaient dans notre ancien droit par le désir de faire échec aux coutumes locales en faveur du droit romain, car les difficultés de la preuve devaient avoir pour résultat d'en paralyser l'application. Mais elles ne se justifieraient aujourd'hui que si la coutume devait être considérée comme un pur élément de fait, dont le juge dût attendre qu'on lui rapportât la preuve. Or elle apparaît tout au contraire comme un élément de droit, dont, comme tel, il doit être admis à reconnaître spontanément l'existence et le contenu, sauf, en fait, s'il n'en a pas la connaissance personnelle, à en exiger la preuve de celui qui s'en prévaut. On ne saurait nier assurément qu'il y ait une différence entre la loi, source du droit dont l'existence est constante, et l'usage, dont la reconnaissance ne peut résulter que des faits. Mais la démonstration qui tend à l'établir n'en a pas moins pour objet d'établir, non un fait, mais un point de droit ; et, à ce titre, elle doit échapper aux règles déterminées pour la preuve des faits proprement dits (1).

Il va de soi, au contraire, si on admet la distinction de la coutume et des « usages conventionnels », que ces derniers, en tant que purs éléments de fait, doivent être positivement établis par la partie qui en allègue l'existence (2).

27. Du caractère de purs faits qu'on prête aux règles coutumières, on a déduit encore communément que le juge statue souverainement sur leur existence et leur consistance, sans que sa décision sur ce point puisse être soumise à la censure de la Cour de cassation (3).

Mais, si on leur reconnaît le caractère de véritables règles

(1) Savigny, *Tr. de dr. rom.*, trad. Guenoux, I, p. 183 s. ; Gény, *op. cit.*, p. 305 s.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 372.

(3) Aubry et Rau, I, § 23, p. 76, n. 12; Toullier, I, n. 164; Duranton, I, n. 101 et 102; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 85; Thaller, *op. cit.*, n. 51; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 129. — Req. rej., 3 juill. 1844, S., 44. 1. 667, D., 44. 1. 279. — Civ. rej., 24 juill. 1860, S., 60. 1. 897, D., 60. 1. 320. — Cf. concl. du minist. publ., Cass., 18 févr. 1884, S., 85. 1. 205, D., 84. 1. 187. — Civ. rej., 25 juill. 1887, S., 90. 1. 161, D., 88. 1. 21. — Req. rej., 12 juin 1903, S., 1904. 1. 133. — Cpr. note de M. Levillain, D., 1902. 1. 94.

de droit, on décidera tout au contraire que la Cour suprême a pouvoir de veiller à leur application et qu'elle est même fondée à en vérifier l'existence, au même titre que s'il s'agissait d'une loi [1].

Il en serait encore autrement des « usages conventionnels », dont la constatation, en tant que purs éléments de fait, échapperait à sa censure [2].

28. IV. Droit théorique et droit pratique. — Cette distinction est faite au point de vue de l'objet des règles juridiques.

On appelle droit théorique *hoc sensu* l'ensemble des dispositions qui ont pour objet la détermination des règles applicables à chaque rapport juridique, et droit pratique *hoc sensu* l'ensemble des dispositions qui ont pour objet de déterminer comment peut être réclamée l'application de ces règles et par quels moyens on peut en imposer le respect à ceux qui les violent. Plus souvent encore on donne au droit pratique le nom de procédure [3].

C'est ainsi que le droit privé théorique est contenu, mais non pas tout entier, dans le code civil et le code de commerce, et le droit privé pratique dans le code de procédure civile; que le droit criminel théorique est contenu, pour la plus grande partie, dans le code pénal, et le droit criminel pratique dans le code d'instruction criminelle. De nombreuses dispositions de droit privé pratique sont d'ailleurs comprises soit dans le code civil, soit dans le code de commerce.

29. V. Droit général et droit spécial. — Cette distinction est faite au point de vue de l'étendue d'application des règles de droit.

On peut définir le droit général l'ensemble des règles normalement applicables aux rapports juridiques de même nature, à défaut d'autres auxquelles ils soient soumis ; et le droit spécial, l'ensemble des règles particulières applicables à des rapports déterminés. Ces règles constituent naturellement le

(1) Gény, *op. cit.*, p. 560 s.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 374 s. — Civ. rej., 25 juill. 1887, précité. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, I, n. 563. — Cpr. Req. rej., 13 nov. 1901, S., 1902. 1. 164, D., 1902. 1. 94.

(3) Aubry et Rau, I, § 24, p. 77. — Cpr. Planiol, I, n. 26.

plus souvent des modifications du droit général, qui ont paru imposées par des considérations d'ordres très divers. Ainsi le droit commercial semble être, par rapport au droit civil, un droit spécial [1], dont l'existence a paru motivée par des raisons d'ordre économique. Il en est de même du droit forestier, qui soumet, pour des raisons de même ordre, certains biens à un régime particulier, et du droit rural, qui réglemente les exploitations agricoles. Il en a été de même enfin du droit qui, à l'époque monarchique, régissait, pour des raisons d'ordre politique, la famille régnante et certains des biens qu'elle possédait [2].

30. Le droit civil spécial constituant, par son existence même, une dérogation au droit civil général, il y a lieu d'en interpréter les dispositions, lorsque leur sens ne ressort pas nettement des considérations qui l'inspirent, par les règles du droit commun. Celui-ci reprend en effet son empire, dès que la volonté d'y déroger n'a pas été, de quelque façon que ce soit, clairement manifestée [3].

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT FRANÇAIS

31. Historiquement le droit français peut être divisé en trois périodes. Le *droit ancien* est celui qui a été mis en vigueur antérieurement à la déclaration par laquelle les « Communes » se constituèrent, le 17 juin 1789, en « Assemblée nationale ». Le *droit intermédiaire* comprend tous les actes législatifs postérieurs au 17 juin 1789 et antérieurs à la promulgation du titre préliminaire du code civil (24 ventôse an XI-15 mars 1803). Le *droit nouveau* commence à cette dernière date et se compose

(1) Cf. tous les traités de droit commercial, sur la question de savoir si ce droit est un droit particulier *sui generis* ou un droit civil spécial, et notamment Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 74-76 ; Thaller, *op. cit.*, n. 4 et 5.

(2) Aubry et Rau, I, § 25, p. 78.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 11, n. 4 ; Aubry et Rau, I, § 25, p. 83, n. 7 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 74-76 ; Thaller, *op. cit.*, n. 48. — Civ. cass., 9 juin 1856, S., 56. 1. 561, D., 56. 1. 233.

du code civil, des différents codes et de tous les actes législatifs qui les ont suivis jusqu'à nos jours.

Cette division en trois périodes n'a rien d'artificiel : à leurs points de séparation, le droit français a subi les transformations les plus profondes auxquelles puisse être exposée une législation.

§ I. *Droit ancien* (1).

32. Lorsque les Barbares eurent fondé leurs établissements en Gaule, les Gallo-Romains conservèrent la jouissance de leur droit national. La différence des races et des civilisations que l'invasion avait mises en présence, était trop forte pour que l'assimilation immédiate fût possible entre les peuples conquérants, régis par la coutume, et les peuples conquis, soumis au droit romain. Chacun donc, à quelque race qu'il appartînt, et sans distinction entre vainqueurs et vaincus, dut vivre sous sa loi ou sa coutume d'origine à la condition que son application ne portât pas atteinte à l'unité des nouveaux royaumes ou ne fût pas invoquée contre le conquérant lui-même. Ce fut le règne du système de la personnalité des lois, qui ne disparut, en France, suivant les régions, que dans le cours du xe et du xie siècles. Sous ce régime, la monarchie franque compte autant de lois que de races sujettes. Mais ces lois, de coutumières qu'elles étaient tout d'abord, deviennent peu à peu lois écrites. Les unes, applicables aux sujets d'origine germanique, les *leges Barbarorum,* rédigées du ve au viiie siècle, comprennent la loi Salique, la loi des Ripuaires, la loi des Burgondes ou loi Gombette, et la loi des Wisigoths. Les autres, les *leges Romanorum*, sous lesquelles vivent les Gallo-Romains, sont des recueils de lois romaines plus ou moins remaniées, composés sur l'ordre des rois pour mettre les textes anciens en harmonie avec les besoins de la pratique : telles furent la *lex romana Wisigothorum* ou Bréviaire d'Alaric, dont l'autorité s'étendit à toute la monarchie franque

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 8, p. 19; § 42, p. 199 s., et § 43, p. 211 s.; Laurent, *Introd.*, I, n. 2-7; Huc, I, n. 11-25; Demante, I, *Introd.*, n. 33-38; Beudant, *Introd.*, n. 25-29; Planiol, I, n. 34-59; F. Surville, *Eléments d'un cours de droit civil français*, I, n. 10-27.

jusqu'à ce que la compilation de Justinien en eût hérité, et la *lex romana Burgundionum* ou Papien, moins complète que la précédente, et pui n'empêcha pas, même dans le royaume de Gondebaud, l'application de celle-ci sur tous les points qu'elle-même n'avait pas réglés [1].

33. La loi était donc, en principe, personnelle dans cette période. Toutefois certains actes émanés du souverain, qui exerçait alors le pouvoir législatif dans toute sa plénitude, étendaient leur empire sur tous ses sujets sans distinction : c'étaient les *decreta* ou *edicta* des Mérovingiens, les *capitula* des Carolingiens, ou, pour les désigner par leur nom générique, les capitulaires.

C'est enfin à la coutume qu'il appartenait de combler les lacunes de toutes ces lois écrites ; mais elle ne pouvait rien contre elles [2].

34. A côté de ce droit général s'élève, par les efforts de l'Eglise, qui est arrivée à se faire une situation à part dans l'Etat, une législation qui lui est propre. Le droit canonique naquit de l'usage et des décisions des autorités qui représentaient le pouvoir législatif ecclésiastique. Il emprunta ses éléments constitutifs aux textes de l'Ecriture, aux écrits des Pères de l'Eglise, aux coutumes de celle-ci, aux décrets des conciles et aux décrétales des papes. Beaucoup de ses règles furent puisées aussi dans le droit séculier, le droit romain principalement et le droit germanique, ou posées par les capitulaires ecclésiastiques des monarques francs [3].

35. Le système de la personnalité des lois finit par devenir impraticable. Il devait d'abord entraver singulièrement les transactions entre personnes de races différentes. Mais son application même fut rendue très difficile par suite de la

(1) Cf. Esmein, *Cours élém. d'hist. du dr. français*, p. 56 s., et p. 99 s. ; Viollet, *Précis de l'hist. du dr. français*, I, p. 78 à 105 ; Ginoulhiac, *Hist. gén. du dr. français*, n. 76 s., et n. 89 s. ; Brissaud, *Manuel d'hist. du dr. français*, p. 53 s. ; p. 63 s., et p. 76 s.

(2) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 71 s., et p. 114 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 106 s. ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 168 s. ; Brissaud, *op. cit.*, p. 106 s.

(3) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 166 s. ; Brissaud, *op. cit.*, p. 126 s. — Sur les sources du droit canonique, cf. Viollet, *op. cit.*, p. 24 à 77 ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 69 s., 193 s., 267 s., 339 s., 390 s. ; Brissaud, *loc. cit.*

fusion des races, qui compliquait toujours davantage la recherche de l'origine du défendeur et de la loi qu'il pouvait invoquer, par suite aussi de l'ignorance grandissante du juge, de jour en jour plus incapable de connaître des législations si diverses. Insensiblement les prescriptions des *leges* et plus encore des capitulaires tombèrent dans l'oubli, au moins en tant que lois écrites, pour prendre le caractère de règles coutumières. A la fin du XIe siècle, la coutume, faite des débris de la législation ainsi tombée en désuétude, règne sans partage, étendant son empire sur tous : de personnelle, la loi est devenue territoriale, et chaque justice souveraine a la sienne, rappelant naturellement par ses dispositions, dans chaque lieu, celle qui, sous le régime de la personnalité, y était applicable à la race la plus nombreuse, c'est-à-dire plus ou moins inspirée, selon les pays, du droit romain ou du droit germanique (1).

36. Déjà, à l'époque de la personnalité des lois, les barbares n'avaient pas complètement échappé à l'influence du droit de Rome. Sous l'action à la fois de l'Eglise et des patriciens, ils avaient emprunté aux Romains l'usage du testament et surtout l'usage de dresser des actes écrits pour constater les faits juridiques les plus importants, et par là ils avaient pris l'habitude de contracter dans les formes romaines, auxquelles ne manquaient pas de se conformer les hommes d'affaires qui instrumentaient pour leur compte (2).

37. Mais ce fut lors de la renaissance des études de droit romain, qui se produisit à la fois en France et en Italie dans le cours du XIe siècle, que l'influence de celui-ci se fit profondément sentir (3).

Dans le domaine du droit public, elle eut pour résultat de faire restituer au roi le pouvoir législatif, que jusque-là chaque baron exerçait dans sa seigneurie comme un attribut de la souveraineté, et dont le roi lui-même n'était investi qu'en

(1) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 671 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 79, 106 et 107, 112; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 260 et 261; Brissaud, *op. cit.*, p. 61 s.; p. 150 s.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 60 et 61; Brissaud, *op. cit.*, p. 113 s.

(3) Esmein, *op. cit.*, p. 719 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 16 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 272 et 273, 336 s.; Brissaud, *op. cit.*, p. 170 s.

sa qualité de baron et dans l'étendue seulement du domaine de la couronne. Peu à peu il reconquiert, avec l'aide des légistes, le droit de faire des lois obligatoires pour tout le royaume. « Ce qui li plest à fere doit estre tenu por a loi », dit Beaumanoir [1] dans le dernier tiers du XIIIe siècle ; et à la fin du XIVe, Bouteiller [2] affirme que « le roy de France, qui est empereur en son royaume, peut faire ordonnances qui tiennent et vaillent loy, ordonner et constituer toutes constitutions ». Sous le nom d'*établissements* ou d'ordonnances, émanés du roi ou des grands feudataires, la loi écrite redevient ainsi une source du droit, tandis que, par la réunion successive des grands fiefs à la couronne de France, le pouvoir royal entre de plus en plus dans la possession exclusive de la prérogative législative [3].

38. Dans le domaine du droit privé, la rénovation des études de droit romain, appuyées sur les textes mêmes de la compilation Justinienne, eut des effets plus grands encore. Non seulement la doctrine et la jurisprudence y trouvèrent les principes et la méthode qui leur avaient fait défaut jusque-là, mais, à des degrés différents selon les régions, la législation française en reçut un choc qui détermina sa modification plus ou moins profonde. Au Midi, les lois romaines, qui avaient continué à s'appliquer, mais plus ou moins altérées par l'usage et seulement comme règles coutumières, furent mises en vigueur comme véritable droit écrit, et cela par le seul consentement des populations et sans une autorisation expresse du roi. Dans ces pays, le droit romain se substitua donc à la coutume, et par la force seule de l'usage. La coutume résista mieux dans le nord et le centre de la France, où elle était restée plus rebelle à l'influence du droit romain : celui-ci ne s'y fit recevoir qu'en tant que raison écrite, pour parer à l'insuffisance des règles coutumières mais parfois aussi il fut assez puissant pour en imposer l'amendement. Telle fut l'origine de la division de la France, au point de vue législatif, en pays de coutumes et pays de

(1) *Coutumes de Beauvoisis*, XXXV, 29.
(2) *Somme rurale*. II, tit. I, p. 646.
(3) Esmein, *op. cit.*, p. 465 s., et p. 676 s. ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 313, 318 et 319.

droit écrit, division qui, déjà nettement marquée au début du XIIIe siècle, subsista jusqu'à la promulgation du code civil [1].

La ligne de partage de ces deux zones « coïncidait à peu près, dit M. Esmein [2], avec la ligne séparative des patois de Langue d'oc et des patois de Langue d'oïl, telle qu'on l'a relevée de nos jours. En partant de l'Ouest, elle longeait la limite septentrionale de la Saintonge, du Périgord, du Limousin; puis, descendant quelque peu vers le Sud, elle coupait l'Auvergne à la hauteur de Murat et de Saint-Flour; elle remontait alors et empiétait sur le duché de Bourgogne, englobant le Mâconnais; elle passait ensuite au nord de la Bresse et finissait à Gex. Les provinces qui se trouvaient au nord de cette ligne étaient pays de coutumes, celles qui se trouvaient au sud, pays de droit écrit; cependant il y avait des îlots de droit écrit dans la zone coutumière ». C'est ainsi que l'Alsace, quoique comprise dans cette dernière, était pays de droit écrit [3].

39. Dans les pays de droit écrit, le droit romain était la base de la législation et formait le droit commun. Les diverses parties de la compilation de Justinien y étaient reçues comme de véritables lois écrites, et, en cas de conflit entre leurs dispositions, les plus récentes l'emportaient sur les plus anciennes. Mais ces lois elles-mêmes ne devaient être appliquées qu'à défaut de coutume. Or de très nombreuses coutumes, rédigées du XIIe au XVe siècle, étendaient leur autorité sur des villes ou des bourgs, quelquefois même sur tout un diocèse, comme la coutume de Bordeaux, et les Statuts de Provence avaient un caractère de généralité encore plus accentué. Il est vrai que, sous l'action des légistes et des parlements, qui voyaient dans leurs dispositions autant d'exceptions regrettables aux règles du droit romain, de toutes ces coutumes il finit par ne plus subsister que celles qui furent l'objet de la rédaction officielle ordonnée au XVe siècle. Le droit de Rome, comprimé par l'existence de ces législations

[1] Esmein, *op. cit.*, p. 676 et 677; Viollet, *op. cit.*, p. 125 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 261 à 263; Brissaud, *op. cit.*, p. 151 s.

[2] Esmein, *op. cit.*, p. 678. — Cpr. Brissaud, *op. cit.*, p. 152 et la carte jointe.

[3] Cf. Berriat-Saint-Prix, *Hist. du dr. romain*, p. 219 s.; Ginoulhiac, n. 398.

locales, reprit ainsi, du XVIe au XVIIIe siècle, toute son élasticité, plus ou moins déformé d'ailleurs par la jurisprudence et adapté aux besoins du temps. Mais cette adaptation étant restée naturellement impossible en ce qui touche les matières féodales, celles-ci furent réglées, suivant les régions, par les « *Libri feudorum* » (1), recueil du droit féodal lombard, considéré alors comme une annexe et parfois même comme une partie du *Corpus juris civilis,* ou par la coutume générale, exprimée par les arrêts des Parlements (2).

40. Le droit coutumier formait le droit commun des pays de coutumes, leur « vray droict civil » (3), qui comportait donc l'interprétation la plus large. Chaque coutume exerçait son empire sur une étendue plus ou moins grande de territoire, les unes, les plus générales, régissant tout un bailliage ou même toute une province, les autres suivies seulement dans une petite localité. Mais, si vaste que fût la surface soumise à leur autorité, elles avaient complètement perdu celle-ci dans certaines matières, principalement celle des obligations, et aux principes propres qu'elles avaient posés à cet égard (4) s'étaient substitués, dès le XIVe siècle, les principes du droit romain, dont l'influence se fit ainsi sentir même dans cette partie de la France (5). Ce ne fut point, du reste, si important qu'il fût, le seul mode par lequel elle s'y manifesta. La coutume pouvait être incomplète, ne contenir aucune règle sur un point de droit. Or certains docteurs, Loyseau notamment, voulaient que ses lacunes fussent comblées par le droit romain, considéré comme droit supplétoire, mais obligatoire au même titre que la coutume, à moins que ses décisions ne

(1) Cf. Viollet, *op. cit.*, p. 140 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 362.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 678 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 398; Brissaud, *op. cit.*, p. 152 s.; Emile Jarriand, *Histoire de la novelle 148 dans les pays de droit écrit*, p. 254 s. — Sur le droit romain des pays de droit écrit, cf. Boutaric, *Les institutes de l'empereur Justinien conférées avec le droit français,* Toulouse, 1740; Claude de Serres, *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien, accommodées à la jurisprudence moderne et aux nouvelles ordonnances.* Paris, 1753.

(3) Guy Coquille, *Quest. sur les coutumes,* I.

(4) Cf. Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français.* Paris, 1883.

(5) Ferrière, *Hist. du dr. romain,* p. 298. — Cf. Guy Coquille, *Cout. de Nivernois,* édit. Dupin, Prolèg., p. 82.

fussent « répugnantes à l'usage général de France » [1]; tandis que d'autres jurisconsultes, comme Dumoulin [2] et Coquille, proposaient de s'en référer avant tout, soit aux coutumes voisines, soit à la coutume de Paris, dont le crédit était supérieur à celui de toutes les autres. Ce n'est que tout autant que celles-ci gardaient elles-mêmes le silence, que, d'après eux, le droit romain devait être consulté, et encore ne devait-il l'être qu'en tant que « raison écrite », par bienséance et pour la raison, et non par nécessité » [3] : même alors il n'avait donc pas à leurs yeux le caractère impératif que lui prêtait l'opinion opposée. Au surplus, ce dernier caractère lui avait été explicitement reconnu par certaines coutumes, qui y renvoyaient formellement pour tous les points sur lesquels elles étaient insuffisantes [4].

41. Le droit coutumier commença naturellement par être un droit non écrit, né de l'usage et de la pratique, et resté par là trop souvent dans cet état d'incertitude qui est le propre de cette sorte de droit. Cette incertitude était grosse d'inconvénients, qui furent surtout vivement ressentis à l'époque où les *appellations* devinrent fréquentes, car ils croissaient avec l'étendue même du ressort du juge, les diverses parties de ce ressort pouvant être régies par des coutumes différentes, qu'il était impossible au magistrat de connaître toutes personnellement. Or, lorsque la coutume était inconnue du tribunal ou ne paraissait pas suffisamment établie, elle devait être prouvée par témoins. A cet effet on procédait, selon les régions, ou bien à des enquêtes ordinaires, ou bien à des *enquêtes par turbes (inquisitiones per turbam)*, dont l'organisation varia suivant les époques. Ce furent au début de vraies consultations demandées aux habitants les plus éclairés du pays, et même mieux que cela, car leur délibération collective aboutissait à un véritable verdict, rendu à l'unanimité des voix, par lequel

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, L. II, ch. VI, n. 6.

(2) Coutume de Paris, tit. I, rubr. n. 107. — Cf. Aubépin, *De l'influence de Dumoulin sur la législ. française.*

(3) Guy Coquille, *Cout. de Nivernois*, éd. de 1703, prélim., p. 2.

(4) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 681 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 396 et 397; Brissaud, *op. cit.*, p. 153 s.

la coutume était déclarée existante ou inexistante. Mais elles finirent par n'être plus, aux XIVe et XVe siècles, que des enquêtes semblables aux enquêtes ordinaires, sauf que les témoignages y étaient plus nombreux : chaque turbe devait être, en effet, composée de dix témoins, et la coutume n'était établie que par les dispositions concordantes de deux turbes (1).

42. Quoique nécessaire, ce mode de constatation de la coutume n'en était pas moins primitif. Des coutumes contradictoires furent ainsi prouvées dans une même juridiction. Puis ces enquêtes occasionnaient de gros frais aux parties. Aussi dut-on songer d'assez bonne heure à conserver par écrit la preuve des règles coutumières. Du XIIe au XVe siècle, ce fut le but des « chartes de coutumes », octroyées par le seigneur à des villes et des bourgs et souvent confirmées par le roi, et le résultat secondaire des « chartes municipales », qui, en même temps qu'elles contenaient la reconnaissance des franchises communales, constataient souvent, dans des dispositions particulières, l'existence de certains usages (2).

Mais, si les coutumes locales étaient ainsi parfois consignées dans des textes précis, l'incertitude continuait à planer sur les coutumes générales, de toutes les plus importantes. Aussi certains pays adoptèrent-ils, comme l'expression la plus exacte de leur droit, des « coutumiers », œuvres doctrinales de particuliers dans lesquelles il avait été plus ou moins fidèlement exposé. Tel fut le cas pour la Normandie, où le *grand coutumier* acquit l'autorité d'un texte officiel, et pour la Bretagne, où la *très ancienne coutume* eut une force toute semblable. Ailleurs, en Artois, par exemple, dès 1315, la coutume fut officiellement rédigée. Enfin, dans la première moitié du XVe siècle, l'initiative de la rédaction des coutumes fut prise par les autorités judiciaires, assistées de praticiens, dans le Maine, l'Anjou, le Poitou et le Berry (3). Rien ne

(1) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 684 s., et les autorités citées; Viollet, *op. cit.*, p. 139; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 400 ; Brissaud, *op. cit.*, p. 239 s.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 703 s. ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 305 s. ; Brissaud, *op. cit.*, p. 252 s. — M. Viollet distingue les « chartes de ville » et les « statuts municipaux », *op. cit.*, p. 115 à 119.

(3) Viollet, *op. cit.*, p. 119 et 120.

montrait mieux l'intensité du besoin de certitude et de précision auquel Charles VII, par l'ordonnance de Montils-les-Tours, d'avril 1453, vint donner satisfaction, en ordonnant la rédaction des « coutumes, usages et stiles de tous les pays » de son royaume (art. 125 de l'ord.) (1).

43. Cette œuvre gigantesque fut poursuivie, d'après des règles différentes suivant les temps et les lieux, pendant plusieurs siècles. Entreprise d'abord avec lenteur, puis activée au commencement du XVIe siècle, dans le cours duquel furent rédigées le plus grand nombre des coutumes des pays coutumiers, celle de Paris notamment, presque terminée dans ses dernières années, elle ne fut réellement parachevée qu'au XVIIIe siècle. Au surplus, beaucoup des coutumes qui avaient été rédigées dans la première moitié du XVIe siècle, furent l'objet de réformations dans la seconde (2).

Quoique les rédacteurs de coutumes eussent, en général, usé avec discrétion du droit de révision qui leur avait été conféré par le roi, le droit coutumier perdit néanmoins de sa diversité, beaucoup de petites coutumes n'ayant pas été invoquées, comme elles auraient dû l'être, par les localités qu'elles régissaient, lors de la publication de la coutume générale. Mais si, par là, ce droit devint immédiatement plus uniforme, du même coup, ainsi « mis et écrit en lignes », ses progrès vers une fusion plus complète furent arrêtés, puisque les règles propres à chaque pays reçurent leur expression définitive. De plus il changea de nature, et, de droit fondé sur l'usage des populations, il devint droit écrit véritable, tirant sa force de « l'authorité souveraine du roi qui donne à ces règles le sceau et la vigueur ». Le droit coutumier fut ainsi

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 693, 695 et 704; Viollet, *op. cit.*, p. 120 s., p. 149 et 150; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 401; Brissaud, *op. cit.*, p. 362 s. — Sur les anciens coutumiers et « livres de pratique », cf. Esmein, p. 686 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 139 s.; Ginouilhac, *op. cit.*, n. 344 s.; Brissaud, *op. cit.*, p. 271 s.

(2) Cf. sur l'histoire de la rédaction des coutumes, Esmein, *op. cit.*, p. 705 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 121 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 403-404; Brissaud, *op. cit.*, p. 362 s., et surtout Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Etudes sur les coutumes. — Le texte des coutumes officiellement rédigées se trouve dans le *Nouveau coutumier général*, de Bourdot de Richebourg, Paris, 1724, 4 vol. Celles qui ne s'y trouvent pas sont indiquées par le P. Lelong, dans sa *Bibl. de la France*, IV, p. 443.

soustrait désormais à l'influence directe du droit romain. Il n'en continua pas moins cependant à pouvoir être modifié par des usages contraires, mais à la condition qu'ils fussent postérieurs à la rédaction de la coutume, certains et immémoriaux, et il put être également abrogé par la désuétude, comme d'ailleurs à cette époque la loi écrite elle-même. Dans cette mesure, les anciennes enquêtes par turbes conservèrent, en conséquence, leur utilité, jusqu'au jour où l'ordonnance de 1667 (tit. XIII) substitua à cet antique mode de preuve la preuve par des actes de notoriété [1].

44. Déjà brisée par la division de la France en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, l'unité législative était, dans ces derniers, encore compromise par la multiplicité et l'hétérogénéité des coutumes qui les régissaient. Ferrière en évalue le nombre à plus de trois cent soixante, sur lesquelles on en comptait environ soixante générales et trois cents spéciales, suivies parfois seulement dans une ville ou même dans un village. Dès le XVIe siècle, Dumoulin avait conçu l'idée, déjà entrevue et caressée par Louis XI [2], de la fusion de toutes ces coutumes, qui fut dès lors réclamée à différentes reprises et sous des formes diverses par les Etats-Généraux, notamment par les Etats de Blois de 1576 et les Etats de 1614. Au XVIIe siècle, le premier président Guillaume de Lamoignon, encouragé par Louis XIV, avait songé, à son tour, à uniformiser tout au moins la jurisprudence du Parlement de Paris [3]. Mais ces tentatives avortèrent [4].

Et toutefois peu à peu s'éleva, au-dessus de toutes les diver-

[1] Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 709 s.; Ginoulhiac, p. 399, 400, 405-407. — Sur les anciens jurisconsultes, cf. Esmein, *op. cit.*, p. 701 s., 712 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 139 s., et p. 172 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 457 s.; Brissaud, *op. cit.*, p. 366 s.; Planiol, I, n. 53; A. Rodière, *Les grands jurisconsultes*, 1874. — Sur les monuments anciens de la jurisprudence, cf. Esmein, *op. cit.*, p. 698 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 131 s.

[2] Commines, VI, 5; Chopin, *De comm. gallic. consuet. libellus*, pars II, n. 5. — Cf. Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 399; Viollet, *op. cit.*, p. 122, 170, et 175 s.

[3] *Arrêtés du président de Lamoignon*, publiés en 1702, œuvre privée de praticiens qui travaillèrent à la réalisation de l'idée du grand magistrat.

[4] Esmein, *op. cit.*, p. 716 et 717; Viollet, *op. cit.*, p. 169 s., et p. 184 s. — Cf. E. Caillemer, Des résistances que les Parlements opposèrent, à la fin du XVIe siècle, à quelques essais d'unification du droit civil (*Livre du centenaire*, t. II, appendice, p. 1075).

gences des coutumes, une sorte de droit commun, qui en fut lentement dégagé par leurs interprètes. Telle fut l'œuvre à laquelle travaillèrent Guy Coquille, dès le XVIe siècle, dans son *Institution au droit français*, et, au XVIIIe, Bourjon [1] et Pothier [2], dont les ouvrages ont exercé une si profonde influence sur les rédacteurs du code civil qu'ils constituent souvent encore d'excellents commentaires de ses dispositions [3].

45. Seuls, sous l'ancien régime, les actes législatifs émanés directement de la volonté royale, de quelque nom qu'on les appelât, ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, pragmatiques sanctions, étendirent leur empire sur tout le territoire. Encore certaines réserves doivent-elles être faites. En effet, le pouvoir législatif du roi fut singulièrement tempéré, pendant les quatre ou cinq derniers siècles de la période monarchique, par le droit d'enregistrement et de vérification que s'arrogèrent les Parlements et les autres cours souveraines, avec la tolérance et souvent même avec l'assentiment de la royauté. Appelés à lire publiquement la nouvelle ordonnance qui statuait sur une matière de leur compétence et à la transcrire sur leurs registres, avant qu'elle fût mise en vigueur dans leur ressort, « pour en avoir mémoire au temps à venir » [4], ces grands corps judiciaires transformèrent insen-

[1] Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe*, 1747.

[2] Pothier, *Œuvres*, éd. Bugnet, 11 vol., Paris, 1861-1862. — Les principes généraux de l'ancien droit sont encore contenus dans : *Les institutes coutumières, ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, de Loysel, 1608 ; *Les maximes générales du droit français*, de Pierre de Lhommeau, 1614 ; *Les axiomes du droit français*, de Nicolas Catherinot (2e moitié du XVIIe siècle) ; *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de Domat, 1694, et *Le droit public*, du même de 1697 ; L'*Institution au droit français*, d'Argou, 1692 ; *Le recueil des principales questions de droit*, de Bretonnier, 1718 ; *Les règles de droit français*, de Pocquet de Livonnière, 1730 ; *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, de Claude Serres, 1753. — Enfin l'ensemble de l'ancien droit français est exposé dans la vaste encyclopédie de Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1775-1786, 81 vol., et 2e éd., 1784-1785, 17 vol. — Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 717 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 172 s. ; Brissaud, *op. cit.*, p. 388 s.

[3] Cf. Thézard, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Rev. hist., 1866, XII, p. 1 et 229.

[4] Ordonnance du 17 déc. 1392.

siblement la publication dont le soin leur était ainsi confié, en une vérification préalable, qui pouvait aboutir à un refus d'enregistrement accompagné de remontrances. L'acte législatif restait alors sans force obligatoire, jusqu'à ce que l'enregistrement fût imposé à la cour par des lettres de jussion, souvent suivies d'itératives remontrances, ou par un lit de justice que venait tenir le roi lui-même en son parlement, dont toute la puissance s'évanouissait « le maistre présent »[1]. Mais, soit que la royauté ne se décidât pas à briser la résistance des magistrats, soit que ceux-ci se fussent presque ouvertement révoltés contre la volonté souveraine, il advenait parfois que certaines ordonnances n'étaient enregistrées qu'avec des modifications à leur texte ou même qu'elles ne l'étaient point du tout : elles pouvaient donc n'être exécutoires que dans certains ressorts, ou ne l'être qu'après avoir été plus ou moins gravement altérées par l'autorité judiciaire [2]. L'unité législative était donc ainsi, sous l'unique forme dans laquelle elle fût susceptible de se réaliser, à la merci des cours souveraines. Aussi le roi, pour se soustraire à un contrôle gênant et faire prévaloir sa volonté sans lutte, légiférait-il fréquemment par la voie de simples arrêts du conseil, dont la force obligatoire n'était pas subordonnée à un enregistrement judiciaire [3].

Le droit enfin pour les Parlements de faire des arrêts de règlement applicables dans leur ressort était incompatible avec l'uniformité de législation [4].

46. Celle-ci fut pourtant assurée dans une assez large mesure, tout au moins pour certaines matières, par les actes législatifs émanés du pouvoir royal. Ces actes recevaient des dénominations variées sans qu'il y eût à cet égard une terminologie bien précise. Cependant on appelait, en général, *ordonnances,* les actes dont les dispositions portaient sur des

[1] La Roche-Flavin, *Treize livres,* liv. XIII, ch. XVIII, n. 26.

[2] Merlin, *Rép.,* v° *Autorités.*

[3] Fleury, *Hist. du dr. franç.,* § 24; Ferrière, *Dict. de prat.,* v° *Ordonnances.* — Cf. Esmein, *op. cit.,* p. 499 s.; Ginoulhiac, *op. cit.,* n. 323, 375, 408 et 409; Brissaud, *op. cit.,* p. 334 s. et p. 374 s.

[4] Cf. *infra,* n. 247, et Diard, *De l'influence de la magistrature française sous l'ancienne monarchie, Revue de lég. et de jurisp.,* 1841, XIII, p. 81.

matières diverses; *édits*, ceux qui avaient pour objet de réglementer une matière déterminée; *déclarations*, ceux qui ne contenaient que des prescriptions de détail ou se référaient à des actes antérieurs; *lettres patentes* enfin, les actes sans portée générale et marqués d'un caractère de particularité, tels que ceux qui conféraient des privilèges à certaines personnes ou qui imposaient aux tribunaux l'exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat. On emploie ordinairement aujourd'hui, pour désigner tous les éléments de cette partie de notre ancienne législation, le terme générique d'ordonnances (1).

47. Celles qui se réfèrent au droit civil seront citées dans le cours de cet ouvrage; quant aux autres, il serait téméraire d'en entreprendre ici l'énumération, même considérablement abrégée, et plus encore de tenter d'en donner une idée, même très sommaire (2). Peut-être ne parviendra-t-on jamais, en dépit des recherches les plus actives et les plus minutieuses, à composer d'une façon complète l'immense collection des unes et des autres (3).

Mais il importe de mentionner à cette place les ordonnances qu'on peut vraiment considérer comme les premiers codes de la France et qui ont servi, à des degrés différents, de modèles à nos codes modernes. Ces premiers essais de codification furent faits avec un plein succès sous les règnes de Louis XIV et de Louis XV, et dus à Colbert et au chancelier d'Aguesseau.

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 731. — Cpr. Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 408; Brissaud, *op. cit.*, p. 335 s.; p. 375 s.

(2) Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 732 s.; Viollet, *op. cit.*, p. 127 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 410 s.; Brissaud, *op. cit.*, p. 342 s.; p. 376 s.

(3) Les ordonnances des rois de France ont été réunies dans plusieurs recueils, qui sont tous incomplets, les deux derniers surtout; ce sont : 1° la *Collection des ordonnances du Louvre*, commencée en 1723, actuellement continuée par l'Académie des sciences morales et politiques, mais qui s'arrête au mois de novembre 1514; 2° le *Recueil général des anciennes lois françaises* de Jourdan, Decrusy et Isambert (1823-1827), qu'on désigne habituellement sous le nom de ce dernier, et qui va jusqu'au 5 mai 1789. Mais beaucoup de textes n'y sont indiqués que par leur date et leur titre, et sous forme de renvoi au recueil précédent; 3° les *Ordonnances des rois de France*, de Fontanon, Paris, 1611; 4° le *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux*, de Néron et Girard, Paris, 1720.

Déjà la codification des ordonnances avait été annoncée par l'ordonnance de Blois, de mai 1579 (art. 207), et un magistrat, Barnabé Brisson, avait composé avec celles qui étaient en vigueur, plus ou moins modifiées, un ouvrage qui ne fut publié qu'après sa mort par Charondas le Caron, en 1603, sous le titre de « *Code Henri III* » : mais ce recueil ne reçut jamais, contrairement peut-être au projet du roi, la consécration législative (1). Partiellement réalisée par l'ordonnance de 1629, de Michel de Marillac, qui fut affublée du nom de « *Code Michau* », l'œuvre fut accomplie avec beaucoup plus de bonheur, sur un plan nouveau, par Colbert (2) : différentes branches du droit furent codifiées sous la forme d'ordonnances distinctes, après une révision minutieuse des anciennes règles, par des commissions qui réunissaient des praticiens et des hommes d'affaires, des magistrats du Parlement et des membres du Conseil du roi. C'est ainsi que furent successivement promulguées : 1° l'*ordonnance civile touchant la réformation de la justice* (3), du mois d'avril 1667, qui réglementa presque complètement la procédure civile ; 2° l'*ordonnance criminelle* (4), d'août 1670, qui ne règle, malgré son titre, que l'instruction criminelle ; 3° l'*ordonnance du commerce* (5), du mois de mars 1673, véritable code du commerce terrestre ; 4° l'*ordonnance de la marine* (6), du mois d'août 1681, qui statue sur le commerce maritime au double point de vue du droit privé et du droit administratif ; 5° l'*ordonnance portant règlement sur les eaux et forêts* (7), d'août 1669 ; 6° enfin le *code noir* (8), de mars 1685, touchant la police des îles de l'Amérique, et qui réglementait l'esclavage dans les colonies.

Ce bel ensemble législatif fut encore complété, sous le règne même de Louis XIV, par des actes divers, mais d'une

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Code*, § 3 ; Viollet, *op. cit.*, p. 170 et 171 ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 436 ; Brissaud, *op. cit.*, p. 379 s. ; Minier, *Rev. crit.*, 1855, VI, p. 308.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 169 s., et 185 s. ; Glasson, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 402 s.

(3) Isambert, *Anc. lois*, XVIII, p. 103.

(4) Isambert, *op. cit.*, XVIII, p. 371.

(5) Isambert, *op. cit.*, XIX, p. 93.

(6) Isambert, *op. cit.*, XIX, p. 282.

(7) Isambert, *op. cit.*, XVIII, p. 219.

(8) Isambert, *op. cit.*, XIX, p. 494.

importance moindre que celle des précédents. Il n'embrassait pas néanmoins le droit entier. L'œuvre des commissaires de Colbert ne touchait que par quelques points au droit civil, dont les règles restaient enfermées dans les coutumes ou dans les lois romaines. Quant au droit pénal proprement dit, il restait, pour une partie, épars dans les ordonnances anciennes, et arbitraire pour une autre, beaucoup d'infractions n'étant prévues expressément ni par une loi positive, ni même simplement par la coutume, et les pénalités attachées aux délits spécifiés étant elles-mêmes susceptibles d'être, à peu près à son gré, modifiées par le juge (1).

Sous Louis XV, le chancelier d'Aguesseau conçut le projet de faire pénétrer l'unité législative dans tous les domaines du droit et de rassembler toutes nos lois en un corps unique (2). Cette conception grandiose, mais alors irréalisable, donna du moins naissance à des ordonnances d'une très haute valeur, et dont le législateur moderne a dû s'inspirer. Ce furent : 1° l'*ordonnance sur les donations* (3), de **1731** ; 2° l'*ordonnance sur les testaments* (4), de **1735**, qui, malgré l'idée maîtresse de l'entreprise, dut laisser subsister en la matière la distinction des pays de droit écrit et des pays de coutumes ; 3° l'*ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires* (5), de **1747** ; et enfin, 4° l'*ordonnance concernant le faux principal et le faux incident et la reconnaissance des écritures et signatures en matière criminelle* (6), de **1737**, dont les dispositions ont passé presque sans changement dans nos codes (7).

48. L'uniformité pénétra encore le droit ancien par l'un de ses éléments, le dernier dont il reste à parler, le droit canonique. Celui-ci n'était pas en effet seulement appliqué devant

(1) Esmein, *op. cit.*, p. 737 s. — Cf. Esmein, *Hist. de la proc. crim.*, p. 177 s., 212 s. ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 439 s.

(2) *Mém. sur la réform. de la justice et la diversité de la jurisprudence*, par d'Aguesseau, édit. Pardessus, XIII, p. 194 et 229.

(3) Isambert, *op. cit.*, XXI, p. 343.

(4) Isambert, *op. cit.*, XXI, p. 386.

(5) Isambert, *op. cit.*, XXII, p. 193.

(6) Isambert, *op. cit.*, XXII, p. 1.

(7) Esmein, *op. cit.*, p. 742 s. ; Viollet, *op. cit.*, p. 196 s. ; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 447 s. ; Brissaud, *op. cit.*, p. 380 s.

la juridiction ecclésiastique et dans les limites de la compétence des officialités, en tant qu'il n'était contraire ni aux libertés de l'Eglise gallicane, ni aux ordonnances des rois. Il avait encore force de loi devant les tribunaux séculiers eux-mêmes, dans toutes les matières dont les tribunaux ecclésiastiques avaient été successivement dépossédés par les juridictions royales. La compétence seule avait changé, la règle de droit était restée la même. Parfois cependant cette dernière avait été modifiée par la coutume, par la jurisprudence ou par des actes royaux, comme en matière de prêt à intérêt, de testaments et de prescription; mais, même alors, les principes du droit canonique servaient souvent à l'interprétation des règles nouvelles. Dans d'autres matières, plus grande était son autorité : il l'étendait, comme une véritable loi impérative, sur le mariage, la séparation de corps et les contestations d'état et de légitimité. L'union des personnes ayant été placée au rang des sacrements par l'Eglise, toutes les questions qui touchaient aux rapports personnels des époux ou à la filiation légitime, étaient d'abord devenues de la compétence des officialités; puis, lorsque la juridiction séculière se fut substituée à celle-ci, elle leur emprunta les règles canoniques d'après lesquelles elles avaient dû statuer sur ces causes [1].

49. Tels furent les éléments hétérogènes du droit ancien. Extrême diversité des règles qui le constituent, selon la partie du territoire où on l'applique, inégalité profonde des personnes et des biens, influence des dogmes et de la législation même de l'Eglise catholique sur le droit civil, tels sont les traits essentiels qui le caractérisent. Comme l'ancien régime, dont il fut l'expression juridique, le droit ancien fut fait de distinctions et d'inégalités. Et c'est pourquoi le législateur de l'ère intermédiaire jugea qu'il était entièrement incompatible avec le nouvel état de choses qu'il aspirait à fonder.

[1] Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 274 s.; p. 614 s.; p. 747 s.; Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 383; Brissaud, *op. cit.*, p. 137 s.; et notre tome II, *Introd. historique*, n. 1353 s,

§ II. *Droit intermédiaire* (1).

50. L'ère du droit intermédiaire s'ouvre le 17 juin 1789 et se clôt le 24 ventôse an XI (15 mars 1803) (2). Ce droit comprend donc tous les actes législatifs émanés de l'Assemblée nationale qui prit le nom de Constituante quand elle eut doté la France d'une constitution, de l'assemblée législative, de la Convention nationale, des deux Conseils des Anciens et des Cinq-Cents, et enfin les actes émanés du pouvoir législatif sous le Consulat, antérieurement à la promulgation du titre préliminaire du code civil. Ces actes le plus souvent portant l'empreinte plus ou moins profonde de l'esprit révolutionnaire et s'inspirant d'un désir plus ou moins violent de réaction contre l'état de choses disparu, leur ensemble est parfois désigné sous le nom de droit révolutionnaire, tandis que l'époque à laquelle ils appartiennent est dite intermédiaire, lorsqu'on la considère comme une transition entre l'ancien régime et le régime nouveau institué par Bonaparte.

51. Le bouleversement politique, économique et social qui fut l'œuvre de la Révolution, devait avoir son contre-coup nécessaire sur la législation tout entière (3). La disparition des privilèges appartenant à certaines parties du territoire, aux « ordres » les plus élevés dans la hiérarchie sociale de l'époque, ou à certains individus favorisés, rendait à la fois plus désirable et plus réalisable l'unité législative, image visible de l'unité de l'Etat et de l'égalité de tous devant la loi. L'abolition du régime féodal et l'affirmation essentielle de la liberté des personnes et des choses, base du nouveau régime, com-

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 9, p. 20 s.; § 42, p. 209 s., et § 44, p. 217; Laurent, I, *Introd.*, n. 8-13; Huc, I, n. 26; Beudant, *Introd.*, n. 30; Planiol, I, n. 60-74; Surville, *op. cit.*, I, n. 28; Brissaud, *op. cit.*, p. 414 s. — Cf. Sévin, *Origines révolutionnaires des codes Napoléon, Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 145, et 1870, XXX, p. 350 et 437; Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898.

(2) Il paraît plus logique de clore cette ère à la date de la promulgation du titre préliminaire du code civil qu'à celle de la loi du 30 ventôse an XII, qui a réuni simplement en un seul corps toutes les lois qui le composent. — Cf. cep. Beudant, *Introd.*, n. 24; Planiol, I, n. 61.

(3) Quant à l'influence de la Révolution sur le droit français, cf. Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 468 s.

mandaient la révision intégrale d'un droit qui reposait jusque là sur des principes tout opposés. Enfin la séparation du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel imposait la sécularisation complète d'une législation qui, souvent inspirée des dogmes d'une religion d'Etat, avait fait passer dans la loi civile beaucoup des prescriptions du droit canonique et investi les ministres du culte catholique de fonctions publiques véritables.

52. La constitution de la famille et le régime des biens, pour ne parler que du droit privé, furent donc profondément modifiés et mis en harmonie avec le nouvel état de choses. A peine est-il utile d'ajouter que ces modifications, souvent des plus heureuses et des plus fécondes, dépassèrent souvent aussi la juste mesure, et que le législateur se laissa fréquemment égarer dans son œuvre de révision par la passion politique. Mais, du reste, cette œuvre était trop considérable et trop difficile pour qu'elle pût être, à une époque aussi prodigieusement troublée, entreprise d'après un plan d'ensemble et rapidement achevée. On dut se contenter de procéder aux réformes partielles qui furent jugées les plus urgentes. Le désaccord entre le droit ancien et la législation nouvelle n'en fut que plus accentué, et le conflit des principes opposés plus choquant. Aussi l'Assemblée Nationale marqua-t-elle déjà [1] dans le décret des 16-24 août 1790 (Tit. II, art. 19-21) la nécessité de former un code général de lois simples et claires. De nouveau elle voulut inscrire dans la Constitution des 3-14 septembre 1791 (Tit. I, *in fine*) une disposition par laquelle était solennellement consacré le projet de faire « un code des lois civiles communes à tout le royaume ». Et la Constitution du 24 juin 1793 (art. 85) devait renouveler cette promesse. Mais les temps n'étaient guère propices à sa réalisation, et, sans avoir rien tenté pour elle, l'Assemblée législative, qui avait succédé à la Constituante, dut à son tour se séparer [2].

[1] Cf. aussi Décret des 4-11 août 1789 (art. 10), et Décret du 5 juill. 1790.

[2] Toutefois la Constituante avait laissé un *Code pénal* (25 sept.-6 oct. 1791), auquel la Convention substitua le *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV. Pour le droit criminel tout au moins, celui d'ailleurs qu'il était le plus

53. L'abolition de la royauté, la promulgation de lois nouvelles, dont le nombre toujours croissant venait augmenter chaque jour le chaos législatif et accuser davantage les contradictions de la législation monarchique et de la législation républicaine, rendaient plus que jamais nécessaire l'œuvre de la codification. Elle fut confiée par la Convention nationale à sa commission de législation, au nom de laquelle Cambacérès présenta, le 9 août 1793, un projet de code civil (1), qui, malgré des innovations téméraires, fut repoussé comme ne rompant pas assez complètement avec les principes anciennement admis (2). Retirant donc aux juristes la mission qu'elle leur avait donnée, l'assemblée prit la résolution (décret du 13 brumaire an II-3 novembre 1793) d'en investir une commission de philosophes, jugés seuls capables de faire un code qui ne rappelât rien du passé. Mais cette résolution caractéristique ne fut pas suivie d'effet, et Cambacérès déposa, le 23 fructidor an II, un nouveau projet (3), très laconique comme le précédent, assez semblable à lui, et dont quelques articles seulement avaient été votés lorsque la Convention fit place au Directoire.

Un troisième projet (4) fut soumis par Cambacérès, le 24 prairial an IV, au conseil des Cinq-Cents. A la fois plus complet et plus empreint de modération que les deux autres, il n'aboutit pas davantage, à raison des agitations de l'époque. Puis la loi même du 19 brumaire an VIII, qui consacrait le coup d'Etat de Bonaparte et supprimait le Directoire, confia, par son art. 14, la préparation du code civil aux commissions des deux conseils des Anciens et des Cinq-Cents qui étaient en même temps chargées de rédiger la nouvelle constitution. Quelques titres d'un nouveau projet furent présentés, dès le

urgent de réformer, le législateur révolutionnaire fit donc plus que des promesses.

(1) *Projet du Code civil présenté à la Convention nationale au nom du Comité de législation*, par Cambacérès, Paris, 1793

(2) Sur ces premiers essais de codification, cf. Ginoulhiac, *op. cit.*, n. 515 s.; Glasson, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 413 s.

(3) *Rapport sur le Code civil*, par Cambacérès, Paris, an II.

(4) *Projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents, au nom de la Commission de classification des lois*, par Cambacérès, Paris, an IV.

30 frimaire de la même année, à la Commission législative des Cinq-Cents, par le représentant Jacqueminot, mais ils ne furent même pas discutés.

Stérilité des efforts si souvent déployés, l'unité législative encore à l'état de rêve, telle était la situation, lorsque la Constitution du 22 frimaire an VIII fit de Bonaparte presque l'unique chef de l'Etat et le maître réel de la France. La tenace volonté du premier consul n'allait pas tarder à renverser tous les obstacles qu'avait jusque là rencontrés la confection d'un code civil.

§ III. *Droit nouveau* (1).

54. Chronologiquement et par l'importance, le code civil est le premier monument du droit nouveau, dont l'ère s'ouvre en effet avec la promulgation de la première des lois qui le composent.

Par un arrêté du 24 thermidor an VIII (12 août 1800), les consuls, auxquels seuls appartenait, aux termes de la Constitution, l'initiative des lois, chargèrent une commission de rédiger un projet de code civil. Cette commission était composée de quatre membres : Tronchet, président du Tribunal de cassation, adepte fervent du droit coutumier; Portalis, commissaire du gouvernement près le Conseil des prises, fortement imbu des principes du droit romain, vivifiés chez lui par la philosophie et par une connaissance très forte des besoins auxquels devait satisfaire la nouvelle législation; Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation; enfin Maleville, juge au même Tribunal. Ce dernier devait remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur auprès de la commission, que Tronchet présidait. L'arrêté portait en outre que Tronchet, Portalis et Maleville assisteraient aux séances du Conseil d'Etat dans lesquelles serait discuté le projet.

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 10 à 21, p. 22 s., et § 42, p. 210 s.; Demolombe, I, *Introd.*, n. 39-42; Demante, I, n. 39 et 39 *bis;* Laurent, I, *Introd.*, n. 14-24; Huc, I, n. 27 et 29; Beudant, *Introd.*, n. 30-75; Planiol, I, n. 75-129; Surville, *op. cit.*, I, n. 29-35.

Après avoir déterminé l'ordre des titres du nouveau code, les membres de la Commission se partagèrent le travail, et ils y mirent tant d'activité que la rédaction du projet fut achevée en quatre mois, quoique chaque partie en eût été, au préalable, discutée en commun par les quatre commissaires. Ce projet fut imprimé dans le mois de pluviôse an IX [1]. Pour s'éclairer des lumières du pays, le gouvernement le communiqua au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel, en les invitant à l'étudier et à proposer leurs observations. Grâce à la bonne volonté de ces grands corps judiciaires, leurs observations furent remises dans le courant de l'année [2], et la discussion put commencer au sein du Conseil d'Etat dès le 28 messidor an IX.

55. La transformation du projet en loi s'opéra suivant les formes réglées par la constitution du 22 frimaire an VIII, alors en vigueur. D'après cette constitution, quatre pouvoirs participaient à la confection de la loi, savoir :

1° Le *gouvernement,* constitué par les trois Consuls, auquel appartenait l'initiative exclusive de la loi;

2° Le *Conseil d'Etat*, qui préparait la loi et ne la votait point. Divisée en cinq sections (législation, intérieur, finances, guerre, marine), cette assemblée comprenait quatre-vingts membres;

3° Le *Tribunat,* chargé d'émettre, après discussion, un vœu favorable ou défavorable au vote de la loi. Il comptait originairement cent membres;

4° Enfin le *Corps législatif,* composé de trois cents membres, qui décrétait la loi, mais ne la discutait pas.

Il faut ajouter que la constitution instituait un *Sénat conservateur,* de quatre-vingts membres, qui ne participait pas à proprement parler, du moins en principe, à l'exercice du pouvoir législatif, mais qui était investi du droit d'annuler les

[1] *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement*, Paris, an IX.

[2] *Observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de Code civil,* Paris, an IX-X, 5 vol.; *Conférence des observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil,* an IX-X, 4 vol.; *Analyse des observations des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation, rapprochées du texte,* par Crussaire, Paris, 1804, 1 vol.

actes du gouvernement et ceux du Corps législatif qui lui étaient déférés par le tribunat pour cause d'inconstitutionnalité. Le Sénatus-consulte du 28 floréal an XII finit même par lui conférer le droit de prononcer cette annulation d'office.

56. Tels étaient les pouvoirs qui concouraient à la confection de la loi. Cette confection s'opérait suivant une procédure des plus compliquées [1].

Le gouvernement proposait la loi par l'organe du premier Consul. Celui-ci envoyait à cet effet le projet au conseil d'Etat, qui était chargé d'en préparer le texte, c'est-à-dire d'en arrêter la rédaction en articles.

La préparation de la loi par cette assemblée comprenait deux phases. La première, que l'on pourrait appeler la préparation provisoire, était l'œuvre de la section du conseil dans les attributions de laquelle rentrait le projet de loi, la section de législation pour le code civil. Cette section examinait le projet en présence des membres de la commission de rédaction, et, après lui avoir fait subir les modifications qu'elle jugeait nécessaires, le renvoyait au premier Consul, qui pouvait le retirer, le reproduire modifié ou l'accepter. S'il l'acceptait, il le renvoyait au conseil d'Etat, et alors commençait la deuxième phase de la préparation, qu'on peut qualifier de définitive. Elle rentrait dans les attributions du conseil d'Etat tout entier, réuni en assemblée générale. L'assemblée, présidée par Bonaparte ou par Cambacérès, et à laquelle assistaient les membres de la commission de rédaction désignés à cet effet, discutait le projet, qui avait été préalablement imprimé et distribué à tous ses membres. Si des amendements étaient proposés et adoptés par le conseil, il ordonnait le renvoi à la section de législation, en vue d'une nouvelle rédaction. Puis il arrêtait la rédaction définitive du projet de loi. Son rôle était alors terminé [2].

[1] Cf. Locré, *Lég.*, I, p. 51 s.; Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, I, Précis historique, p. XXXV s.

[2] *Procès-verbaux du conseil d'Etat contenant la discussion du projet de code civil*, par Locré, Paris, an X-XII, 5 vol.; *Conférence du code civil avec la discussion particulière du conseil d'Etat et du tribunat*, par Favard, Paris, 1812, 8 vol. (Favard, membre de la section de législation du tribunat, rapporte les observations qu'elle présenta lors de la communication officieuse); *Analyse raisonnée de la*

Le projet était une fois de plus renvoyé au premier Consul, qui, s'il décidait d'y donner suite, en saisissait le Corps législatif. Trois orateurs, choisis parmi les membres du conseil d'Etat par le gouvernement, le soutenaient en son nom devant le Corps législatif, et le premier nommé en exposait les motifs.

Avant de voter sur ce projet, le Corps législatif le communiquait au tribunat, qui désignait une commission de plusieurs membres pour lui faire un rapport, après lecture duquel s'ouvrait une discussion en Assemblée générale. Cette assemblée émettait ensuite un vœu d'adoption ou de rejet du projet, sans qu'elle eût le droit de proposer aucun amendement (1).

Le tribunat choisissait alors dans son sein trois orateurs, chargés de porter et de défendre son vœu devant le corps législatif. Au sein de celui-ci s'engageait en effet un débat contradictoire entre les orateurs du gouvernement et ceux du tribunat. Et lorsque cette joute oratoire avait pris fin, le Corps législatif votait au scrutin secret, sans délibération préalable (ce qui lui fit donner le nom de « corps des muets »), et sans avoir le droit d'amendement : il ne lui était permis que d'accepter ou de rejeter en bloc le projet qui lui était soumis. Si son vote était favorable, la loi était *décrétée*. Mais elle ne devenait exécutoire qu'après avoir été promulguée par le premier Consul dix jours plus tard (2). Ainsi

disc. du code civil au cons. d'Etat, par de Maleville, 4 vol., 3e éd., Paris, 1822. — Pour les ouvrages relatifs aux travaux préparatoires du code civil et qui ne sont pas cités dans notre Traité, cf. Dramard, *Bibliographie du droit civil*, n. 1 s.

(1) Les procès-verbaux de la discussion du code civil au tribunat n'ont pas été publiés. Cf. note 2 de la page 51 et note 2 *infra*.

(2) L'ensemble des travaux préparatoires du code civil se trouve dans les deux collections suivantes : A. *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, contenant sans morcellement : 1° le texte du projet ; 2° celui des observations du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel ; 3° toutes les discussions littéralement puisées, tant dans les procès-verbaux du conseil d'Etat que dans ceux du tribunat, et 4° les exposés de motifs, rapports et discours, tels qu'ils ont été prononcés au corps législatif et au tribunat*, par Fenet, Paris, 1827-1829, 15 vol. — B. *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, par Locré, Paris, 1829-1832, 31 vol. in-8. Cette collection, dont les 16 premiers volumes sont relatifs au code civil, est moins complète que la précédente en ce qu'elle ne contient pas la 2e partie qui figure dans celle-ci. — Les ouvrages suivants sont encore moins étendus, car ils ne contiennent que les exposés de motifs, les rapports faits au tribunat et les discours prononcés devant le Corps législatif : 1° *Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs sur chaque loi*, Paris, 1804, 8 vol. (suite de

s'explique que toutes les lois composant le code civil portent deux dates, distantes l'une de l'autre de dix jours. Et c'est durant ce délai que le décret pouvait être déféré au sénat, pour cause d'inconstitutionnalité.

57. La complication et l'imperfection de ce mécanisme, l'impossibilité surtout où étaient placés le Corps législatif et le tribunat d'amender le projet, faillirent faire avorter une fois de plus l'œuvre si souvent entreprise. En effet le premier projet présenté fut rejeté par le Corps législatif, conformément au vœu du tribunat [1], qui s'apprêtait à conclure pareillement au rejet du second, à raison des dispositions qu'il contenait sur la mort civile et le droit d'aubaine, lorsque les consuls, par arrêté du 12 nivôse an X, retirèrent tous les projets dont le Corps législatif était saisi : « Législateurs, disait le message adressé à celui-ci, le gouvernement a arrêté de retirer les projets de loi du code civil. C'est avec peine qu'il se trouve obligé de remettre à une autre époque les lois attendues avec tant d'intérêt par la nation; mais il s'est convaincu que le temps n'est pas venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent ».

On put craindre après cela que la discussion du code civil ne fût indéfiniment ajournée : elle ne fut suspendue que pour un temps assez court. Bonaparte voulait à tout prix réaliser une œuvre qui répondait si bien à ses propres aspirations vers l'unité absolue de la France. Persuadé que cette œuvre n'échouait que par une résistance systématique du tribunat, gêné aussi dans ses projets d'avenir par l'opposition politique de ce corps, il résolut de le mutiler afin de le réduire à l'impuissance. A cet effet, par un sénatus-consulte du 28 nivôse an X, il profita du premier renouvellement auquel le tribunat et le Corps législatif étaient assujettis par la Constitution, pour

la conférence de Favard, cf. note 2 de la page 51); 2° *Code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement*, etc., Paris, 1804, 8 vol.; 3° *Recueil des lois composant le code civil*, etc., Paris, 1803-1804, 9 vol.; 4° *Motifs du code civil, extrails textuellement des discours, rapports et opinions prononcés au corps législatif et au tribunat*, etc., Paris, 1825.

[1] Cf. J. Bressolles, *Le Tribunat et le Code civil*, *Rev. crit.*, 1876, V, p. 379; 1880, IX, p. 381.

éliminer vingt des principaux opposants de la première de ces assemblées, et soixante de la seconde. Puis, à la date du 16 thermidor an X, un autre sénatus-consulte réduisit, à compter de l'an XIII, les membres du tribunat à cinquante, mais, ce qui était un progrès, divisa ce corps en sections permanentes (législation, intérieur, finances), conformément à l'arrêté qu'il avait pris lui-même le 11 germinal. Déjà enfin un arrêté du 18 germinal an X avait institué ce qu'on a appelé la communication officieuse au tribunat, qui précédait la communication officielle, laquelle continua à être faite comme par le passé. Désormais, avant que le conseil d'Etat n'eût arrêté définitivement le texte de la loi, le projet dut être officieusement soumis par le gouvernement à la section de législation du tribunat, qui proposait ses observations et entrait au besoin en conférences avec la section de législation du conseil d'Etat. De la sorte le tribunat exerçait, sous une forme très particulière il est vrai, le droit de proposer des amendements, et l'accord pouvait s'établir par avance entre le conseil d'Etat et lui. Lorsque plus tard, par respect pour la constitution, le projet lui était officiellement soumis, il ne pouvait guère manquer, y ayant collaboré par certains de ses membres, d'émettre un vœu favorable [1].

58. Grâce à cette simplification, le travail de codification, repris le 22 fructidor an X, s'accomplit sans encombre. Trente-six lois furent ainsi successivement décrétées et promulguées, puis réunies en un seul corps, sous une même série d'articles, en exécution de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) [2],

[1] Ce Corps finit d'ailleurs par être supprimé en vertu du sénatus-consulte du 19 août 1807. — Cf. Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, I, *Précis historique*, p. LXV et s.

[2] Le centenaire du Code civil a été officiellement célébré, le 29 octobre 1904, à la Sorbonne, en présence du président de la République et des grands Corps de l'Etat, et divers discours furent prononcés dans cette solennité un peu froide (Cf. notamment celui de M. Glasson, doyen de la Faculté de droit de Paris, *Revue critique*, 1904, p. 531). Mais ce centenaire nous a surtout valu de la part de la Société d'études législatives, la publication, sous le nom de *Livre du centenaire*, de deux volumes qui contiennent, précédées d'une introduction de M. Albert Sorel, diverses études consacrées aux précédents historiques du Code civil, aux principes philosophiques et sociaux dont il fut et demeure l'expression, à son influence sur les diverses branches du droit français et sur le droit étranger, à son interprétation par la doctrine et la jurisprudence, enfin à ses transformations possibles dans

pour former le « code civil des Français ». Chacune de ces lois était d'ailleurs déjà devenue exécutoire à partir de sa promulgation.

59. Le code civil peut être défini le recueil du droit privé théorique et général : théorique, quoiqu'il contienne quelques dispositions de droit privé pratique, lequel est principalement enfermé dans le code de procédure civile ; général, quoiqu'il s'y trouve quelques règles de droit privé spécial, dont le code de commerce contient la portion la plus importante.

On a donné (1) du code civil cette autre définition : « un ensemble de lois ayant pour objet la réglementation des rapports de famille, de propriété et d'obligations », qui est encore vraie, quoique moins précise. Le code civil est le code général, en effet, de la famille et du patrimoine.

60. Le code civil est divisé en trois livres précédés d'un titre préliminaire, qui, composé des art. 1 à 6, traite de « la publication, des effets et de l'application des lois en général ». Le livre I, qui comprend les art. 7 à 515, est divisé en onze titres et intitulé : « *Des personnes* ». Le livre II, composé des art. 516 à 710, intitulé : « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* », contient quatre titres. Enfin le livre III, comprenant les art. 711 à 2281, est intitulé : « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* », et compte vingt titres (2).

Ce recueil est donc composé, au total, de trente-six titres, correspondant aux trente-six lois dont l'ensemble forme le code civil. Les titres sont divisés en chapitres, et, s'il y a lieu, les chapitres en sections et les sections en paragraphes. L'in-

l'avenir et à sa révision. — Le travail préparatoire de cette révision a été d'ailleurs, peu après, confié à une commission extra-parlementaire, présidée par M. Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de cassation, et composée d'un grand nombre de membres, qui ne sont pas tous, il s'en faut, des jurisconsultes et dont certains même sont absolument étrangers à la science du droit. On verra, à l'œuvre de cette commission, de quelle nature aura été le concours des romanciers et des auteurs dramatiques qui ont été appelés à participer à ses travaux, et si la législation de l'avenir doit quelque chose aux psychologues de la littérature et du théâtre.

(1) Huc, I, n. 1. — Cpr. Demante et Colmet de Santerre, I, *Introd.*, n. 41 *bis* A.

(2) Cf. Bucher, *Sur l'ordre scientifique du code Napoléon* (*Archives de Dabelow*, P. V, 1er cahier).

titulé de chacune de ces divisions porte le nom de rubrique.

Les 2281 articles du code sont cotés d'après une seule série de numéros, ce qui facilite beaucoup les indications et les recherches. Dans les citations, on doit indiquer, s'il y a lieu, pour plus de précision, l'alinéa de l'article visé, ou le paragraphe, comme le dit quelquefois le législateur dans les lois récentes [1].

61. Le code civil a eu plusieurs éditions officielles, et il n'est pas jusqu'à son nom qui n'ait plusieurs fois changé.

La première édition fut décrétée, ainsi qu'on l'a vu, par la loi du 30 ventôse an XII, qui donna à ce recueil le nom de « Code civil des Français » (art. 1er).

La deuxième édition, rendue nécessaire par la substitution du régime impérial au gouvernement républicain, fut décrétée par la loi du 3 septembre 1807, qui conféra à ce corps de lois le titre de « Code Napoléon ». Les changements faits dans cette édition portent beaucoup plus sur la forme que sur le fond, et, quant à la forme, principalement sur les expressions qui servent à désigner le chef de l'Etat et l'Etat lui-même. Cependant la loi de 1807 ordonnait aussi, quant au fond : 1° le retranchement d'un numéro à l'art. 17 ; 2° la suppression complète de l'ancien art. 2261, remplacé par un alinéa détaché de l'article qui précède ; 3° l'addition d'un alinéa à l'art. 896, et par suite une légère modification dans l'art. 897.

L'art. 68 de la Charte de 1814 restitua à ce code son nom primitif de code civil, qui lui fut également maintenu par l'art. 59 de la Charte de 1830.

Mais sous la Restauration, une troisième édition, annoncée par l'ordonnance du 17 juillet 1816, fut publiée en vertu d'une ordonnance du 30 août 1816. Elle eut uniquement pour but de supprimer les dénominations, expressions et formules qui n'étaient plus en rapport avec les principes et la nature du gouvernement établi par la Charte constitutionnelle.

Cette troisième édition est la dernière qui ait été publiée, de telle sorte que certaines expressions n'y sont plus en harmonie avec les lois constitutionnelles qui régissent actuelle-

[1] Exemple : Nouvel art. 12, *in fine*.

ment la France [1]. Mais, depuis qu'elle a eu lieu, un décret du 27 mars 1852 a décidé que le code reprendrait le titre de Code Napoléon. « En rétablissant cette dénomination, dit le décret, on ne fait que rendre hommage à la vérité historique ». Il y a du vrai dans cette assertion. Sans examiner quelle fut l'importance du rôle du premier consul dans les discussions auxquelles l'élaboration du code donna lieu [2], il est certain que la France doit à son énergie et à sa politique autoritaire la réalisation d'une œuvre plusieurs fois tentée sans succès avant lui. Napoléon lui-même, dans les jours d'infortune il est vrai, considéra le code civil comme son plus beau titre de gloire. « Ma vraie gloire, disait-il à Sainte-Hélène, n'est pas d'avoir gagné quarante batailles... Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires.... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil » [3].

Quoi qu'il en soit de ce point d'histoire, le décret du 27 mars 1852 n'a jamais été expressément abrogé. Néanmoins la dénomination de code civil a toujours été substituée à celle de code Napoléon dans les lois et décrets rendus depuis le 4 septembre 1870 [4].

62. Ce n'est point seulement grâce à la ferme direction qui lui fut imprimée et au rétablissement du calme dans les esprits que l'œuvre de codification aboutit, cette fois, alors qu'elle avait jusque-là si souvent échoué. Le législateur révolutionnaire avait eu le dessein de faire autre chose que ce que firent les rédacteurs du code civil, et de là son impuissance.

[1] On aurait pu profiter, semble-t-il, du centenaire du Code civil pour en donner une 4e édition, conforme à notre régime constitutionnel. C'eût été une excellente manière de célébrer cette grande date, et qui eût valu beaucoup de discours. Mais peut-être n'y a-t-on pas songé, dans l'attente d'une révision que rien ne semble cependant, même après la nomination d'une commission, annoncer comme très prochaine.

[2] Cf. à ce sujet une dissertation insérée dans les *Archives* de Gœnner, et Planiol, I, n. 81.

[3] De Montholon, *Récit de la captivité*, I, p. 401.

[4] Une proposition ayant pour objet de régulariser cet état de choses fut déposée à l'Assemblée Nationale le 18 mai 1872 (*Journ. off.*, 1872, 12 mai, p. 3352); mais on la jugea inutile. — Cf. Thieriet, *Code civil, Code Napoléon, Rev. de lég. et de jurispr.*, 1849, XXXV, p. 279; Jeanvrot, *Du rétablissement du titre du code civil et de la nécessité d'une nouvelle édition officielle des codes, Rev. crit.*, 1878, VII, p. 464.

Voulant réellement recommencer l'histoire et tout effacer du passé, n'admettant pas que le régime nouveau pût rien emprunter à celui qui venait de disparaître, faisant table rase des institutions séculaires sorties des entrailles mêmes de la France, emporté par l' « esprit classique » des philosophes du XVIIIe siècle et par l'abus de la méthode déductive, il conçut l'irréalisable idée d'édifier un droit entièrement neuf sur les ruines de l'ancien. Dégager de formules abstraites ce qui ne peut être que le produit de l'évolution plus ou moins lente de la vie sociale, demander à un système philosophique ce qui ne doit être que le résidu des faits et de la réalité, séparer brutalement une société de tout ce qui fut, des siècles durant, son existence même, quelle impossibilité ! Malgré toute leur hardiesse, les législateurs de la Révolution ne purent violenter l'histoire, et le passé fut plus fort qu'eux.

La leçon du moins profita à leurs successeurs. Au rebours de leurs devanciers, les rédacteurs du code civil, pénétrés de cette idée que les codes se font avec le temps, mais qu'on ne les fait pas (1), s'appliquèrent à faire surgir ses dispositions du passé même, et à édifier leur œuvre avec les matériaux amassés par les siècles (2). Accommoder l'ancien droit aux besoins du présent, ménager habilement la transition entre les institutions condamnées et la société moderne, tout changement brusque entraînant fatalement une rupture d'équilibre dans le corps social, aider l'évolution pour faire l'économie d'une révolution, n'est-ce point, en effet, le dernier mot de la sagesse pour un législateur ? Celui de 1804 ne l'ignora point (3). Mais quelles n'étaient pas les difficultés de sa tâche ! Accablé par le poids des matériaux hétérogènes qu'il devait mettre en œuvre, il s'agissait pour lui, aussitôt après la transformation profonde et violente accomplie dans le régime social et économique de la France, de fondre dans une réelle

(1) Portalis, *Discours préliminaire du projet du code civil*, Locré, *Lég.*, I, p. 265, n. 18, et p. 271, n. 34.

(2) Cf. Valette, *De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et après la Révolution de 1789* (*Rec. Ac. sc. mor. et pol.*, 1871, XLV, p. 185 et 647, et XLVI, p. 527).

(3) Portalis, *Disc. prélimin.*, Locré, *Lég.*, *loc. cit.*

et durable unité, qui donnât satisfaction aux besoins nouveaux et respectât les conquêtes et les principes de la Révolution, des législations diverses, émanations d'idées opposées ou différentes, produits d'une autre époque, reflets d'un système définitivement repoussé par l'esprit moderne ou de doctrines radicales que leurs excès avaient condamnées.

La critique la plus sévère a confessé que les rédacteurs du code civil ne furent pas inférieurs à une tâche aussi écrasante. Non pas qu'on ne puisse leur reprocher certaines défaillances et qu'ils n'aient fait à l'esprit de réaction des concessions injustifiables. Quant aux mutations de propriété immobilière et à l'organisation du crédit hypothécaire, notamment, ils ne surent pas s'inspirer des remarquables lois de la Révolution. En outre, comme le disent MM. Aubry et Rau [1], ils ont reproduit « plusieurs dispositions qui sont peu compatibles avec certains préceptes de la nouvelle législation, ou qui, n'étant que des conséquences de principes qu'elle a rejetés, se trouvent aujourd'hui sans base ». Mais ce sont là des imperfections de détail qui ne doivent pas nuire au jugement de l'ensemble. Or, par l'habile conciliation qu'il a su réaliser entre des droits différents, par la belle harmonie qui règne entre ses diverses parties, par la clarté, la netteté et la concision de ses dispositions, par l'ordre simple, quoique peu scientifique et peu méthodique [2], dans lequel elles ont été réparties, le code civil a certainement droit à l'admiration des jurisconsultes, s'ils veulent surtout se reporter, comme ils le doivent pour rendre justice à ses auteurs, à l'époque à laquelle il fut élaboré. On le compare parfois aux codes modernes, qui ont pu mettre à profit les dernières conclusions des différentes branches de la science sociale. Il n'y a pas sans doute de meilleur moyen de mesurer le progrès scientifique et l'évolution qui s'est accomplie au sein de la civilisation tout entière dans le cours de ce siècle. Mais juger le code civil d'après cette comparaison, c'est comme si l'on accusait nos anciens auteurs d'avoir ignoré nos lois les plus récentes. Au

[1] I, § 15, p. 37, n. 3.
[2] Cf. Capitant, p. 9 s.

surplus, il ne la redoute même pas, lorsqu'elle ne porte que sur les qualités extrinsèques, les mérites de la forme ou la valeur de la technique, et de nos jours le législateur français lui-même, par son infériorité à tous ces points de vue, s'est chargé de nous apprendre à être plus justes envers ses rédacteurs [1].

63. L'idée maîtresse du plan qu'ils ont suivi a été très nettement marquée par Portalis : « Nous avons fait, écrit-il [2], s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général ». Ce n'est pas à dire que le droit romain et le droit coutumier aient seuls fourni les éléments de leur ouvrage. Les principales sources auxquelles ils ont puisé, sont [3] :

1° Les coutumes, et en première ligne la coutume de Paris. On les a mises à contribution notamment en matière d'autorisation maritale, de servitudes légales des bâtiments, de succession, de communauté entre époux et de bail à cheptel.

2° Le droit écrit, plutôt que le droit romain proprement dit, c'est-à-dire ce droit tel qu'il avait été modifié par la doctrine et la jurisprudence. On lui a emprunté surtout en matière de propriété, de servitudes, d'obligations et de régime dotal.

Dans le conflit du droit écrit et du droit coutumier, c'est ordinairement à ce dernier que l'avantage est resté, toutes les fois du moins qu'on n'a pas cru pouvoir admettre une sorte de moyen terme. Cette préférence s'explique facilement. Le droit coutumier était national par ses origines et le droit de

[1] G. Bressolles, *Etudes sur les rédacteurs du code Napoléon*, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1852, XLIII, p. 377 ; de Beauverger, *Acad. des sc. mor., Comp. rend.*, 1862, LXI, p. 363 s., et LXII, p. 273 s. — Cpr. Planiol, *op. cit.*, I, n. 94 et 95.

[2] *Disc. prélim.*, Locré, *Lég.*, I, p. 271, n. 34.

[3] Dufour, *Code civil, avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, Paris, 1806, 4 vol. ; Dard, *Conférence du code civil avec les lois anciennes*, Paris, 1827 ; Zaepfl (trad. par Poncelet), *De l'élément germanique dans le code Nap.*, *Rev. de dr. franç. et étrang.*, 1842, IX, p. 161 ; Taillandier, *Des sources du code civil*, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1850, XXXIX, p. 400 ; Bénech, *De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le code Nap.*, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1853, XLVI, p. 5.

la majorité des Français; il était d'autre part plus conforme à l'équité, moins rigoureux et moins formaliste que le droit romain; enfin le plus grand nombre des membres de la section de législation du conseil d'Etat étaient originaires des pays de coutumes. Comment s'étonner dès lors que ses principes propres l'aient emporté sur ceux d'un droit qui s'était d'ailleurs plus ou moins déformé pour s'adapter au tempérament national?

3° Les ordonnances royales. On leur a beaucoup pris, surtout en matière d'actes de l'état civil (ord. d'avril 1667), de donations (ord. de 1731), de testaments (ord. de 1735), de substitutions (ord. de 1747) et de purge des hypothèques (édit de 1771).

4° Le droit intermédiaire, dont on s'est principalement inspiré en matière de mariage, de puissance paternelle, de privilèges et d'hypothèques.

A cette nomenclature, il convient d'ajouter deux autres sources, mais d'une moindre importance que les précédentes :

5° Le droit canonique, qu'on a surtout consulté en matière de mariage et de légitimation [1].

6° Enfin la jurisprudence des Parlements, qui a fourni les principaux éléments de la théorie de l'absence [2].

64. Quant aux principes qui ont servi de base au code civil et qui en constituent « l'esprit général », ce sont surtout [3] :

[1] D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, Paris, 1857.

[2] La connaissance des précédents législatifs ou coutumiers dont les rédacteurs du Code civil se sont plus ou moins inspirés n'est pas sans utilité pour l'interprétation des textes, dans certains cas du moins Aussi a-t-on demandé que, pour les besoins de l'enseignement ou même de la pratique, une édition fût faite du Code civil, donnant à propos de chacun des articles qui le composent, l'indication de ces précédents. Cf., à ce sujet, M. Vigié, *Livre du centenaire du code civil*, I, p. 23 : De la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique. — Cpr. encore, quant à l'influence du droit romain, du droit coutumier et du droit intermédiaire sur le Code civil, Esmein, L'originalité du Code civil, *Livre du centenaire*, I, p. 5.

[3] Fr. de Lassaulx, *Des caractères distinctifs du code Napoléon*, Paris, 1811; Batbie, *Mémoire sur la révision du code Napoléon*, *Rev. crit.*, 1866, XXVIII, p. 125, et 1867, XXX, p. 50 et 213; Duverger, *Observations sur le mémoire précédent*, *eod. loc.*, p. 308; XXIX, p. 116; 1867, XXX, p. 128, 322 et 402; Huc, *eod.*

1° L'égalité de tous les Français devant la loi. Ainsi a été consacrée la suppression de tous les privilèges, personnels ou territoriaux.

2° Le respect de la liberté individuelle, désormais protégée à la fois contre les actes arbitraires de l'autorité publique, auxquels elle était exposée sous l'ancien régime et contre les abus de la liberté elle-même, qui ne saurait s'aliéner de quelque façon que ce soit [1].

3° L'inviolabilité et la libre circulation de la propriété individuelle, exclusive et absolue, garantie contre les atteintes des pouvoirs publics et des particuliers, débarrassée de toutes les entraves du régime féodal, et soustraite aux charges qui tendraient à son immobilisation dans les mêmes mains [2].

4° La sécularisation du droit, c'est-à-dire l'indépendance respective des institutions civiles et des institutions religieuses, et néanmoins en certains cas, comme dans le mariage, la subordination du pouvoir spirituel au pouvoir temporel. Ainsi est rompu le lien qui faisait de l'Etat laïque le serviteur obéissant de la religion.

En somme, c'est à tous les points de vue la liberté des personnes et des terres qu'assure le code civil, et, si parfois il la limite, c'est avant tout, même alors, pour empêcher qu'on n'en profite de manière à la diminuer et à porter atteinte au principe de l'égalité juridique, qu'il veut intangible [3].

65. Si supérieur qu'il fût aux législations étrangères par les

loc., XXX, p. 346; E. Acollas, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes, et notamment le code Napoléon, au point de vue de l'esprit démocratique* (2e édit.), Paris, 1866; Joubaire, *Essai sur la révision du code civil*, Paris, 1873; Glasson, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 209 s.; Leroy, *L'esprit de la législation napoléonienne* (Thèse Nancy), 1898.

[1] Sur la manière dont le code civil respecte et défend le droit individuel, cf. A. Boistel, Le code civil et la philosophie du droit, *Livre du centenaire*, I, p. 47.

[2] Cf. Rossi, *Observations sur le droit civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société, Rev. de lég. et de jurisp.*, 1846, XI, p. 4.

[3] Cf. Troplong, *De l'esprit démocratique dans le code civil, Rev. de lég. et de jurispr.*, 1848, XXXII, p. 218; 1850, XXXVII, p. 321; XXXVIII, p. 181, XXXIX, p. 1; Sévin, *Origines révolutionnaires du code Napoléon, Rev. prat.*, 1866, XXI, p. 145, et 1870, XXX, p. 350 et 436.

principes sur lesquels il reposait et par la forme dont ils avaient été revêtus, les destinées du code civil n'eussent certes pas été aussi brillantes, si sa propre force d'expansion n'avait été puissamment secondée par les victoires de Napoléon. S'il dut à sa valeur personnelle d'être traduit dans presque toutes les langues de l'Europe, ce fut à la suite de nos armées qu'il s'introduisit, pour y être mis en vigueur, dans les pays réunis ou alliés à la France. C'est ainsi qu'il reçut successivement force de loi en Italie (décret du 30 mars 1806, art. 2), en Hollande (décret du 18 octobre 1810, art. 114), dans les départements hanséatiques (sénatus-cons. du 13 décembre 1810), et dans le grand-duché de Berg (décret du 17 décembre 1811, art. 8); et que pareille force lui fut reconnue par plusieurs des Etats allemands, notamment par les grands-duchés de Bade, de Francfort, de Nassau, et par le royaume de Westphalie, par la ville libre de Dantzig, par le grand-duché de Varsovie, par le royaume d'Illyrie, par le royaume de Naples, enfin par plusieurs cantons suisses.

Les revers de Napoléon n'arrêtèrent pas seulement les progrès en Europe de notre législation : elle rétrograda avec ses armes et suivit à l'extérieur le déclin de sa puissance. La politique défit ce que la politique avait fait. De tous les territoires que notre code avait régis, il ne conserva bientôt plus son empire que sur les provinces rhénanes, sur les grands-duchés de Bade, de Berg et de Varsovie, sur la partie française du canton de Berne et sur le royaume des Pays-Bas. Pourtant, en se séparant de ce dernier, la Belgique ne répudia pas notre code civil. Et, après que fut tombée la fièvre de réaction qui suivit nos défaites, il dut encore à ses mérites de servir de modèle à nombre de législations de l'ancien et du nouveau monde [1].

66. Il reste, pour terminer cette étude historique, à recher-

[1] Glasson, *La codification en Europe au XIXe siècle, Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 203. — Cf. Planiol, I, n. 135-141; Aubry et Rau, I, § 12, p. 26 s., et pour l'indication des différentes traductions du code civil en langue étrangère, p. 27, n. 6. — Sur l'influence du Code civil en dehors de nos frontières, cf. les divers articles publiés dans le *Livre du centenaire,* sous ce titre général « Le Code civil à l'étranger », II, p. 787-896.

cher dans quelle mesure le droit antérieur a été abrogé par suite de la promulgation du code civil. A cet égard, les effets de celle-ci ont été marqués par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, ainsi conçu : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale et particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». Quel a été l'effet de cette disposition : 1° en ce qui concerne le droit ancien ; 2° en ce qui concerne le droit intermédiaire?

67. 1° En ce qui concerne le droit ancien, la formule d'abrogation de l'art. 7 en vise toutes les parties : droit écrit, droit coutumier, usages non écrits [1], ordonnances royales. Elle est en outre plus large qu'une simple formule d'abrogation tacite, car elle retire toute force obligatoire au droit ancien, non pas seulement dans la mesure où il est incompatible avec les règles nouvelles, mais « dans les matières » qui font l'objet du code civil. Il suffit donc qu'une matière fasse l'objet d'une ou plusieurs dispositions de ce code, pour que la législation ancienne, relative à cette même matière, soit abrogée complètement [2]. Ainsi le code traite de la prescription : il en résulte que toutes les règles anciennes relatives à la prescription sont par cela même abrogées et deviennent sans force, même pour la solution des questions spéciales que le code n'a pas prévues.

Au surplus cette formule d'abrogation s'imposait. Appliqué au droit ancien, le principe de l'abrogation tacite aurait nécessairement compromis l'œuvre d'unification législative que le code civil avait pour but de réaliser, puisque, sur les points qu'il n'a pas réglementés, il aurait, en laissant subsister les règles qui n'étaient pas incompatibles avec ses dispositions, perpétué la diversité de législations qu'on se proposait de faire disparaître. La distinction des pays de droit écrit

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Usage*, § 3, et v° *Voisinage*, § 4, n. 6; Aubry et Rau, I, § 23, p. 75, n. 3 ; Fuzier-Herman, art. 1, n. 2 s. ; Gény, *op. cit.*, p. 340. — Civ. cass., 21 avril 1813, S., 15. 1. 44, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 119.

[2] Chabot, *Quest. transit.*, I, n. 3; Aubry et Rau, I, § 14, p. 34, n. 1 ; Laurent, I, *Introd.*, n. 25; Huc, I, n. 28. — Pau, 20 mars 1822, S., 22. 2. 223.

et de droit coutumier, la variété des coutumes en vigueur dans les différentes parties du territoire se seraient alors maintenues, sur des points secondaires il est vrai, mais encore dans une trop large mesure. Le législateur de 1804, après quelque hésitation [1], ne l'a pas entendu ainsi. Ce n'est que dans les matières qui ne font pas l'objet du code civil qu'il n'a pas cru devoir réaliser l'unité absolue du droit privé [2].

68. Mais il est assez délicat de déterminer le sens exact du terme « matière » employé par l'art. 7, et de dire si une difficulté non résolue par le code appartient ou non à une « matière » sur laquelle il a statué, en d'autres termes si elle est ou non elle-même une matière distincte.

Il est certain qu'il n'est pas nécessaire, pour que le droit ancien soit entièrement abrogé, que le code ait prévu, non pas, bien entendu, toutes les difficultés qu'un sujet soulève (car la chose serait évidemment impossible), mais toutes celles qui étaient résolues par le droit ancien lui-même. Par cela seul qu'il a posé une règle de droit général sur le sujet, celle-ci doit suffire (le droit spécial mis à part) à la solution de toutes les questions qui en dépendent, sauf, ainsi que l'exigent les principes de l'interprétation, à interpréter la règle, s'il y a lieu, à l'aide des précédents historiques : mais le droit ancien n'a, même alors, qu'une valeur interprétative, et nullement force obligatoire [3].

69. Il est non moins certain, d'autre part, que, si le code était resté muet sur toute une théorie du droit privé déjà connue lors de sa confection, les règles anciennes auxquelles elle était soumise seraient intégralement restées en vigueur, à moins d'incompatibilité avec les principes qu'il a posés. Mais on ne signale, de la part des rédacteurs du code, aucune omission de ce genre, ni volontaire, ni involontaire.

70. Mais il est possible que, tout en statuant sur une partie du droit privé, la théorie des droits réels par exemple, le

(1) Locré, *Lég.*, I, p. 107 s.

(2) Laurent, I, *Introd.*, n. 26.

(3) Laurent, I, *Introd.*, n. 27. — *Contra :* Dalloz, *Rép.*, v° *Lois*, n. 550. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 14, p. 35, n. 5.

code civil ait omis de s'expliquer sur certains d'entre eux. C'est ainsi qu'il a gardé le silence sur les droits d'emphytéose et de superficie, dont l'existence était reconnue par le droit ancien : doit-elle l'être encore aujourd'hui? Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette question. Mais on voit que sa solution, du moins à ce point de vue, doit être affirmative ou négative, suivant qu'on considère que ces deux droits forment ou ne forment pas des « matières » distinctes de celles que le code a réglées, lorsqu'il a traité des biens et des différentes modifications de la propriété. Posées dans ces termes, toutes ces questions ne peuvent évidemment pas faire l'objet d'une solution générale et doivent être étudiées une à une. Elles le seront, à leur place naturelle, dans le corps de cet ouvrage.

71. Des principes posés découlent notamment deux conséquences :

1° La violation ou la fausse application d'une loi romaine relative à une matière traitée par le code civil ne peuvent servir de base à un pourvoi en cassation (1).

2° Le droit ancien est resté en vigueur, soit quant aux matières de droit privé non traitées par ce code, soit même, dans les matières qu'il a traitées au point de vue du droit général seulement, pour les règles de droit spécial qu'elles comportent, à moins toutefois que les règles anciennes ne soient jugées incompatibles avec les dispositions du code civil. Cette proposition est d'une application très délicate (2).

72. 2° Quant au droit intermédiaire, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII le laisse en dehors de sa disposition, puisqu'il ne parle pas des lois ou décrets. Il y a donc lieu de faire ici l'application du droit commun, c'est-à-dire du principe de l'abrogation tacite (3). Le droit intermédiaire se trouve ainsi abrogé seulement dans celles de ses dispositions qui

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Cassation*, § 14; Aubry et Rau, I, § 14, p. 35, n. 2 et 3; Laurent, I, *Introd.*, n. 26.

(2) Aubry et Rau, I, § 14, p. 35, n. 4 et 5. — Civ. cass., 3 nov. 1812, S., 13. 1. 152. — Civ. cass., 1er fév. 1813, S., 13. 1. 113, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 547. — Cpr. sur la survivance de l'édit du 25 fév. 1779, relatif aux droits des attributaires de lots de marais en Artois, Douai, 18 mai 1900, D., 1902. 2. 313, et note.

(3) Cf. *infra*, n. 118.

sont inconciliables avec les règles ou avec les principes du code civil; il subsiste pour le surplus [1]. Cette abrogation est beaucoup moins large que celle qui atteint le droit ancien. Elle suffisait cependant, car les lois faites pendant l'ère révolutionnaire, exerçant leur empire sur toute la France, pouvaient continuer, après la promulgation du code, à s'appliquer en certaines de leurs parties, sans que l'unité en fût en rien compromise. Et c'est pourquoi sans doute il ne fut pas fait droit à l'observation du tribunal de cassation, qui proposait de les comprendre dans la formule d'abrogation de l'art. 7.

C'est donc tout à fait sans fondement, selon nous, que M. Demante [2] considère comme entièrement abrogée « la législation intermédiaire sur les matières qui font l'objet du code civil ». Cette opinion est diamétralement opposée au texte même de notre disposition, et il ne suffit point, pour la justifier, de dire que cette législation, « n'ayant eu pour objet que de régler l'*intérim* jusqu'à la publication du code, attendu de jour en jour, n'a pu survivre à cette publication ». Car si le législateur de l'époque révolutionnaire a conçu presque aussitôt l'idée d'une codification et même tenté de la réaliser, rien n'a jamais trahi chez lui l'intention de ne faire que des lois provisoires, dont l'effet cesserait entièrement dès la publication du code futur, au moins sur les matières réglées par celui-ci. En l'absence de toute manifestation de volonté à cet égard, on ne peut donc qu'appliquer le principe de l'abrogation tacite.

73. Il n'y a pas lieu, dans un traité exclusivement consacré au droit civil, de faire l'historique et la description des autres codes, dont la publication a suivi celle du code civil [3]. Il suffira de les énumérer, d'en indiquer l'objet et de marquer, le cas échéant, l'influence qu'a eue leur publication sur les dispositions de ce dernier. Ces codes sont, dans l'ordre où ils ont été promulgués :

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 34, n. 1; Laurent, I, *Introd.*, n. 27; Huc, I, n. 28; Planiol, I, n. 82; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 12; Gény, *op. cit.*, p. 91, note 2. — Bruxelles, 16 mai 1809, D., *Rép.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 143.

[2] I, n. 40 *bis*.

[3] Cf. Aubry et Rau, I, § 17 à 21, p. 40 s.

1° *Le code de procédure civile.* Il a pour objet de régler la manière de procéder en justice en matière civile, ou plus exactement devant les justices de paix, les tribunaux civils de première instance, les tribunaux de commerce et les cours d'appel. Il contient donc le droit civil pratique, mais non pas tout entier, car la procédure devant la cour de cassation est notamment organisée par le règlement du 28 juin 1738.

Les principaux éléments de ce code ont été empruntés à l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile et aux lois rendues pendant l'ère intermédiaire sur la procédure et l'organisation judiciaire. Commencé en l'an XII, voté dans le courant de l'année 1806, il n'est devenu obligatoire qu'à dater du 1er janvier 1807 (art. 1041).

74. Quelle influence a exercée sa publication sur les dispositions du code civil ? Postérieur à ce dernier, il doit, en cas de conflit entre celles-ci et les siennes, l'emporter par application de la règle « *lex posterior derogat priori* » (1). Mais encore faut-il qu'il y ait véritable antinomie, et on ne doit l'admettre, puisque le code de procédure a eu pour but principal de mettre en œuvre les dispositions du code civil, et non de les modifier, qu'après avoir vainement essayé de concilier celles qui paraissent différentes ou contradictoires, ou lorsqu'il est nettement établi que la contradiction existant entre elles a été voulue par le législateur, auquel cas il n'y a naturellement plus lieu de chercher à les concilier. Cette proposition, bien entendue, conduit aux conséquences suivantes :

1° Les dispositions spéciales de procédure contenues dans le code civil ne doivent pas être considérées comme ayant été abrogées par les dispositions générales du code de procédure civile. Ainsi le veut la règle : « *legi speciali per generalem non derogatur* » (2).

2° Les règles de procédure contenues dans le code civil sur certaines matières doivent être combinées avec les règles posées sur les mêmes matières par le code de procédure, à

(1) Cf. *infra*, n. 118.
(2) Aubry et Rau, I, § 17, p. 42, n. 7 et 10.

moins qu'elles ne soient inconciliables, auquel cas ces dernières seules doivent être suivies [1].

3° Enfin les règles de droit théorique énoncées par le code de procédure ou impliquées par ses dispositions doivent être considérées comme ayant abrogé celles du code civil qui leur sont contraires [2].

75. 2° *Le code de commerce.* Il a pour objet de poser les règles du droit privé théorique spécialement applicables aux commerçants et aux actes de commerce, qu'il s'agisse du commerce terrestre ou du commerce maritime. Il contient d'ailleurs également des dispositions de procédure (Cf. art. 615 s.).

L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre et celle de 1681 sur le commerce de mer sont les principales sources auxquelles ont puisé les rédacteurs de ce code, qui, commencé en l'an IX, entièrement voté dans le cours de l'année 1807, n'est devenu obligatoire qu'à dater du 1er janvier 1808 (loi du 15 septembre 1807, art. 1).

76. A raison même de son objet, les dispositions spéciales de ce code doivent l'emporter sur celles du code civil, en tant qu'elles doivent être appliquées aux commerçants ou aux actes de commerce [3]. Le code civil continue, au contraire, à régir les matières commerciales en tant qu'il n'a pas été dérogé à ses règles par le code de commerce, les lois antérieures non abrogées ou les usages commerciaux [4].

77. 3° et 4° *Le code pénal* et *le code d'instruction criminelle.* Ils ont pour objet, le premier le droit criminel théorique, et le second le droit criminel pratique. Le code pénal,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 42, n. 8 et 9.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 11.

(3) Aubry et Rau, I, § 20, p. 53, n. 3.

(4) Cf. art. 1107, 1153, 1341, 1873, 2084 et 2102-4° C. civ. et 18 C. co. — Aubry et Rau, I, § 20, p. 53, n. 4; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, I, n. 74-76, et les autorités qu'ils citent; Thaller, *op. cit.*, n. 48. — Civ. cass., 19 juin 1860, S., 60. 1. 689 et note, D., 60. 1. 249 et note. — Req. rej., 19 fév. 1873, S., 73. 1. 273, D., 73. 1. 301. — Cette solution était expressément consacrée par un avis du conseil d'Etat des 13-22 déc. 1811, mais qui est dépourvu de toute force obligatoire comme n'ayant pas été inséré au *Bulletin des lois.* — Cpr. Delamarre et Le Poitvin, *Traité de droit commercial*, I, n. 15, 24, 31 et 82; Alauzet, *Du caractère du droit comm., Rev. de lég. et de jurispr.*, 1844, XXI, p. 323.

en effet, détermine les infractions punissables autres que les infractions militaires, les principes théoriques relatifs à leur qualification et les peines qui leur sont applicables, tandis que le code d'instruction criminelle établit les règles selon lesquelles il doit être procédé dans la poursuite, l'instruction et le jugement de ces infractions. Le code d'instruction criminelle est donc au code pénal ce que le code de procédure civile est au code civil.

Les dispositions de ces deux codes ont été empruntées pour la plupart à la législation intermédiaire. Commencés en l'an XII, le code d'instruction criminelle, décrété dans le cours de l'année 1809, et le code pénal, voté en 1810, furent tous deux, à raison du lien étroit qui les unit, déclarés exécutoires à la même époque, à dater du 1er janvier 1811 (décrets des 17 déc. 1809 et 13 mars 1810) (1).

78. 5° *Le code forestier*. Il contient la législation spéciale en matière forestière. Voté le 21 mai 1827, il a été promulgué le 31 juillet de la même année.

79. 6° et 7° *Le code de justice militaire pour l'armée de terre* et *le code de justice militaire pour l'armée de mer*. Ces codes ont pour objet de déterminer respectivement, pour ces deux armées, à la fois les règles théoriques et les règles pratiques applicables à la répression des infractions militaires et à l'organisation des juridictions compétentes. Ils ont été promulgués, le premier le 9 juin 1857, et le second le 4 juin 1858.

80. Tels sont les huit codes que la France possède actuellement. Souvent modifiés en détail, parfois l'objet d'une révision plus ou moins étendue, s'ils constituent les principaux monuments du droit privé et renferment le droit criminel de la France, ils sont bien loin d'en contenir toute la législation. Tout le droit public, à l'exception du droit criminel, est resté en dehors; et, pour le droit privé lui-même, de très nombreuses lois, antérieures ou postérieures à leur publication, viennent s'y ajouter. La doctrine et la jurisprudence ont eu, d'autre part, à combler pour certaines matières, notam-

(1) Cf. Décret du 23 juillet 1810.

ment les assurances terrestres, les lacunes de l'œuvre législative, et à construire de toutes pièces des théories nouvelles, destinées à donner satisfaction à des besoins qui n'étaient pas nés ou qui n'étaient point encore vivement ressentis lors de la promulgation de nos codes. Par là, les principes que ceux-ci avaient posés ont, ainsi fécondés, pris en quelque sorte un développement de vie et reçu des applications que leurs auteurs ne pouvaient guère soupçonner [1].

Cette élaboration qui a suivi la codification et qui se continue sous nos yeux, montrait déjà que le droit n'avait pas perdu toute sa souplesse et qu'il était encore susceptible, par des adaptations ou des constructions intelligentes, de répondre à toutes les exigences de la pratique et de donner des règles aux rapports qui apparaissaient pour la première fois dans la société. Mais on aurait pu craindre tout au moins que la codification, en l'enfermant dans des formules immuables, ne le condamnât, sur les points qu'elle avait fixés, à l'immobilité et qu'elle n'empêchât ses progrès ultérieurs. Ce fut là le principal grief que lui fit au commencement du siècle, dans des débats retentissants, l'école historique allemande. Comme source vive du droit, elle préférait la coutume, alerte et dégagée, toujours prête à enfanter des règles d'autant mieux appropriées, semble-t-il, aux besoins du corps social que c'est lui-même qui leur donne l'existence, à la loi, dont la rédaction exige la mise en mouvement, lente et embarrassée, de l'appareil législatif, et dont les formules figées ne fournissent le plus souvent du droit qu'une expression imparfaite [2].

C'est à Thibaut, le vigoureux et passionné défenseur de la codification, que l'avenir a donné raison, contre Savigny, Hugo et leurs disciples. Même codifié, le droit n'a pas cessé d'évoluer sous la pression des besoins pratiques. Conscients des transformations sociales et économiques qui s'accomplissaient devant eux, ceux qui avaient la charge de son applica-

[1] Cf. sur ce mouvement législatif, doctrinal ou jurisprudentiel, Planiol, I, n. 100 s.

[2] Sur le parallèle de la coutume et de la loi écrite, cf. Ihering, *Esprit du dr. romain*, trad. de Meulenaere, II, p. 28 s., et Gény, *op. cit.*, p. 289 s.

tion ont su l'interpréter avec une liberté qui n'excluait ni le respect, ni la prudence, et avec un souci de la réalité qui les a conduits à faire prévaloir de plus en plus, dans le domaine de l'interprétation proprement dite, l'esprit de la loi sur sa lettre. Certaines règles ont ainsi, grâce à ces efforts éclairés, pris un aspect inattendu, tandis que d'autres, entièrement nouvelles, ont été tirées de la nature objective des choses pour combler les lacunes des précédentes. C'est la vie même qui les a fait surgir, mais elles ont été dégagées par des hommes que leur culture mettait en mesure bien mieux que le peuple, trop souvent ignorant de ses véritables intérêts, de leur donner la précision et l'étendue nécessaires. La coutume a ainsi trouvé sa forme la meilleure, parfois avant qu'elle n'eût conscience d'elle-même. Elle a été d'autres fois redressée, et engagée dans une direction dont elle se serait écartée au grand préjudice de l'intérêt collectif. Les mouvements instinctifs, incohérents ou violents du corps social ont été analysés, coordonnés, modérés et dirigés vers leur fin utile par les interprètes de la loi. L'expression écrite du droit, aidée aussi par les ressources diverses de l'interprétation, a fourni aux jurisconsultes une base solide sur laquelle ils ont édifié les théories propres à satisfaire les besoins nouveaux, et elle ne les a pas empêchés néanmoins de suivre de près l'évolution sociale, et, sans appel au législateur, d'imprimer au droit l'orientation désirable.

Mais la codification a eu en outre, qu'on ne l'oublie pas, cet immense et vraiment inappréciable avantage de couler le contenu de ce droit dans des formes précises, de mettre à la place des règles incertaines, équivoques et fugitives de l'usage, des prescriptions claires, indiscutables et nettement déterminées. La pensée législative a donc pu désormais, premier bienfait, être de tous plus facilement connue ; et elle s'est dégagée, pour ceux-là mêmes qui avaient mission de la connaître, de l'appliquer et de la développer, des ombres plus ou moins épaisses de la coutume. Qui pourrait dire les progrès qui, par là, ont été assurés ? Et qui nierait, à ce point de vue, l'éclatante supériorité de notre législation française sur la législation de l'Angleterre, où la *common law* est la base, avec ses

obscurités, ses contradictions et même trop souvent ses dispositions si ridicules, si surannées ou si incompréhensibles, qu'on est tenu, pour s'y soumettre, de supposer, comme le déclare formellement Blackstone[1], que, dans les temps passés, on n'a pas agi sans réflexion lorsqu'on leur a conféré force obligatoire ?

Enfin la codification sert encore à placer à l'abri des attaques auxquelles ils seraient sans elle exposés, des principes qui n'ont pas triomphé sans lutte dans la société. Restés à l'état de coutumes, ils risqueraient trop d'être contestés, méconnus ou altérés à chaque instant : la consécration officielle, sans en garantir le maintien définitif, les enveloppe du respect qui n'est que rarement refusé à la loi, et elle les fait en tout cas apparaître comme des règles auxquelles nul ne saurait se soustraire, tant qu'elles n'ont pas été abrogées.

On ne saurait donc s'étonner que, après avoir été si violemment combattue au commencement de ce siècle, peut-être par simple réaction contre la domination des codes de Napoléon, l'œuvre de la codification ait été bientôt entreprise et poursuivie partout en Europe, sauf dans la Grande-Bretagne. Encore celle-ci s'y montre-t-elle, au moins dans certains domaines, de moins en moins réfractaire, puisque deux codes de droit pénal et d'instruction criminelle, y ont été officiellement préparés et même votés à une époque récente par les Communes, et que les principales matières du droit commercial, notamment les sociétés, les effets de commerce, les faillites et la marine marchande, y font l'objet de lois qui peuvent être considérées comme de véritables codes [2].

(1) *Commentaire sur les lois anglaises* (trad. Chompré), I, p. 107.

(2) Cf. sur la codification en Europe, Glasson, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 201 s. et p. 402 s. ; 1895, III, p. 198 s. ; Planiol, *op. cit.*, I, n. 142-143 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 46 s. ; Thaller, *op. cit.*, p. 48, note 1 ; le *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* et l'*Annuaire de lég. étrang.*

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL

---

81. La commission chargée de préparer le projet de code civil avait fait figurer en tête de son œuvre un livre préliminaire rédigé par Portalis, et intitulé : « *Du droit et des lois* » (1). La plupart des articles dont ce livre se composait ont été supprimés comme relevant du domaine de la science, et non de la législation. « Les lois sont des volontés, dit Portalis (2). Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois ». D'autres dispositions ont mieux trouvé leur place dans le titre « *des Obligations* ». Quelques-unes enfin forment le titre préliminaire.

Ce dernier contient des généralités sur la promulgation et la publication des lois (art. 1), sur leurs effets (art. 2 et 3), et sur la manière de les appliquer (art. 4 à 6). C'est à vrai dire une introduction à la législation générale de la France plutôt qu'au droit civil. Mais si, en dépit de la remarque qui en fut faite lors de la discussion, elle a été placée, contrairement aux règles d'une méthode rigoureuse, en tête du code civil, c'est parce que celui-ci a été considéré comme le monument le plus important de notre droit moderne et que d'ailleurs, dans l'ordre des dates, il était le premier (3).

(1) Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 3 s.

(2) *Exp. des mot. du titre prélim.*, Fenet, *op. cit.*, VI, p. 43. — Sur l'incompétence du législateur pour la détermination des modes de mise en œuvre du droit. cf. Gény, *op. cit.*, p. 94 s.

(3) Laurent, I, n. 1; Surville, *op. cit.*, n. 36.

L'étude du titre préliminaire, exigeant des développements étendus, sera divisée en quatre chapitres.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CONFECTION, DE LA PROMULGATION, DE LA PUBLICATION ET DE L'ABROGATION DES LOIS.

§ I. *De la confection des lois*

82. Si on fait abstraction de la coutume, la loi, au sens le plus large du mot, est toute règle imposée par la puissance publique à ceux qui lui sont soumis (1).

Dans cette acception, on peut distinguer trois sortes de lois :

1° Les lois constitutionnelles, qui déterminent la forme du gouvernement de la nation et organisent les pouvoirs publics (2). Elles émanent du pouvoir constituant;

2° Les lois proprement dites (3), qui règlent les rapports

(1) Cf. Planiol, I, n. 144-148; Capitant, p. 19; Gény, *op. cit.*, p. 215.

(2) On a souvent distingué, en doctrine et en législation, les lois constitutionnelles proprement dites, « qui ont pour objet les rapports des pouvoirs publics », des lois *organiques*, « qui ont pour objet l'organisation de tel ou tel grand corps faisant partie des pouvoirs publics ». Ces dernières diffèrent encore des autres par leur origine, car elles émanent du pouvoir législatif. — Cf. Aubry et Rau, I, § 46, p. 220, n. 1*ter;* Hauriou, *Précis de dr. administr.*, 3e éd., p. 60.

(3) Elles portèrent sous la Convention le nom de décrets, et cette dénomination fut également appliquée aux lois votées, mais non encore promulguées, sous l'empire des constitutions de 1791 et de l'an VIII. Enfin on a appelé décrets-lois les décrets, obligatoires comme des lois véritables, rendus sur des matières législatives par des gouvernements provisoires, et notamment : 1° par le gouvernement provisoire en 1848, du 24 février au 4 mai, date de la réunion de l'Assemblée constituante (Trib. civ. Mascara, 6 fév. 1895, sous Alger, 19 janv. 1898, S., 1903. 2. 97, D., 98. 2. 64); 2° par le prince-président de la république, entre le 2 décembre 1851 et le jour où les grands Corps de l'Etat ont été constitués (const. du 14 janv. 1852, art. 58), c'est-à-dire le 29 mars 1852 (Crim. rej., 27 janv. 1855, S., 55. 1. 465. — Toulouse, 5 nov. 1890, D., 93. 1. 548); 3° par le gouvernement de la défense nationale, entre le 4 septembre 1870 et le 12 février 1871, date de la réunion de l'Assemblée nationale (Crim. cass., 8 juin 1871, S., 71. 1. 109, D., 71. 1. 79). — Cf. Aubry et Rau, I, § 5, p. 11, n. 1 à 1 *ter;* Planiol, I, n. 158; Beudant, *Introd.*, n. 34-37. — D'autre part, des lois proprement dites on doit rapprocher les sénatus-consultes, qui purent être rendus par le Sénat, en vertu de l'art. 54 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X et de la constitution du 14 janvier 1852 (art. 27, 30 à 33), et dont quelques-uns furent relatifs à des matières de droit civil. — Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 15, n. 11 *bis* et 12; Beudant, *Introd.*, n. 43.

de droit sur lesquels ne statuent pas les lois constitutionnelles. Elles émanent du pouvoir législatif;

3° Les règlements, qui ne portent pas le nom technique de lois, mais, suivant les temps ou les cas, ceux d'arrêtés, d'ordonnances, de décrets. Les règlements ont pour but d'assurer l'exécution des lois proprement dites et de prescrire, par voie de dispositions plus ou moins minutieuses, les mesures de détail que comporte l'application des principes généraux déposés dans ces lois. Ils émanent du pouvoir réglementaire.

83. Actuellement, le pouvoir constituant est exercé par l'Assemblée nationale (ou Congrès), formée par la réunion du sénat et de la chambre des députés en un corps unique. Cette réunion n'a lieu que sur un vote pris séparément par chaque chambre et portant qu'il y a lieu à réviser les lois constitutionnelles (loi du 25 février 1875, art. 8, modifié par la loi du 14 août 1884).

84. Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, le sénat et la chambre des députés (loi du 25 fév. 1875, art. 1er). Toutefois l'initiative de la loi appartient, non seulement aux membres de chaque chambre individuellement, mais encore au président de la république (loi du 24 fév. 1875, art. 8, et loi du 25 fév. 1875, art. 3, al. 1). On appelle projet de loi toute proposition émanée du chef de l'Etat, et proposition de loi celle qui émane d'un membre du Parlement.

Les propositions ou projets de lois peuvent être indifféremment présentés en premier lieu à l'une ou à l'autre assemblée. Toutefois les lois de finances doivent être présentées d'abord à la chambre des députés et votées par elle (loi du 24 fév. 1875, art. 8, 2e al.).

Une loi n'existe que lorsqu'elle a été votée par les deux chambres dans des termes identiques. Elle n'est parfaite que lorsque ce double vote est acquis (loi du 24 fév. 1875, art. 8, et loi du 25 fév. 1875, art. 3, al. 1).

85. Elle ne l'était pas encore sous l'empire des constitutions qui exigeaient que la loi, votée par le pouvoir législatif, fût sanctionnée par le chef de l'Etat. La sanction était alors l'adhésion que donnait celui-ci à la loi, et constituait un élément essentiel de son existence. De l'ancien droit de sanction,

la constitution actuelle n'a laissé subsister que le droit pour le président de la république de demander aux deux chambres, dans le délai de la promulgation et par un message motivé, une nouvelle délibération, qui ne peut être refusée (loi du 16 juillet 1875, art. 7, al. 2). S'il peut ainsi provoquer dans le parlement une discussion nouvelle, il n'a plus qu'à promulguer la loi lorsque celui-ci a persisté dans son vote.

86. Le pouvoir réglementaire appartient au pouvoir exécutif, qui participe en cela à la puissance législative. Les réglements peuvent être faits :

1° Par le chef de l'Etat, seul investi, en principe, du droit de faire des règlements généraux (loi du 25 février 1875, art. 3). Ceux-ci, qui portent le nom de décrets réglementaires, se subdivisent en deux classes. Les uns, appelés règlements d'administration publique, ne peuvent être rendus qu'après que le conseil d'Etat a été consulté (loi du 24 mai 1872, art. 8 3°, et décret du 2 août 1879, art. 7). Les autres ne nécessitent pas cette consultation préalable : ce sont les règlements ordinaires.

2° Par les ministres, exceptionnellement et en vertu d'une délégation formelle du législateur ou peut-être même d'un règlement d'administration publique : ils sont désignés sous le nom d' « arrêtés réglementaires » (1).

3° Par les préfets, qui agissent alors comme représentants de l'Etat, et prennent des arrêtés réglementaires pour tout le territoire d'un département ou, dans certains cas pour celui d'une ou de plusieurs communes (loi du 5 avril 1884, art. 99).

4° Par les maires enfin, dont les arrêtés interviennent au nom de la commune (2).

87. Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire n'étant pas séparés par des limites précises (3), il est possible que le

(1) Cf. ord. du 15 nov. 1846 sur les chemins de fer, art. 44. — Crim. cass., 16 déc. 1882, S., 83. 1. 453, concl. de M. Barbier et note de M. Lyon-Caen, D., 83. 1. 177 et note. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 46, p. 226, n. 1 *nono ;* Beudant, *Introd.*, n. 48 et 49.

(2) Hauriou, *op. cit.*, 3e éd., p. 60 s., et 5e éd., p. 22 s.

(3) Cf. sur le domaine respectif de la loi et du règlement, d'une part, et des différents règlements, de l'autre, les traités de droit administratif, et notamment Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 28 s. — Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 40 et 41.

second empiète sur le domaine du premier : quelle est l'autorité qui statue sur cette usurpation de pouvoir et sur la légalité d'un règlement?

Sous l'empire de la constitution du 22 frimaire an VIII (art. 21), peut être aussi sous celui de la constitution du 14 janvier 1852 (art. 29) (1), au sénat seul il appartenait de dire si un décret était ou non constitutionnel. Dans le silence sur ce point des chartes de 1814 et de 1830, des constitutions de 1848 et de 1875 comme aussi depuis l'abrogation de l'art. 29 précité par la constitution du 21 mai 1870 (art. 42), cette question n'a pu être tranchée, pendant les périodes qu'elles ont régies, et ne peut l'être encore aujourd'hui que par le pouvoir judiciaire. Les tribunaux doivent donc dénier toute force légale à un décret ou arrêté entaché d'usurpation de pouvoir, et comme tel le réputer inexistant, sans avoir cependant le droit de l'annuler (2).

Cette garantie n'existe pas au contraire en ce qui concerne les lois, aucun pouvoir n'étant actuellement investi, dans notre pays, du droit d'apprécier leur constitutionnalité (3).

88. Des actes du pouvoir réglementaire il faut immédiate-

(1) Aubry et Rau, I, § 5, p. 13, n. 9; Planiol, I, n. 157; Beudant, *Introd.*, n. 42. — *Contra :* Foucart, *Elém. de dr. administ.*, I, n. 103; Dufour, *Dr. administ.*, I, p. 63. — Cpr. Req. rej., 11 août 1862, S., 63. 1. 38, D., 62. 1. 456.

(2) Aubry et Rau, I, § 5, p. 12 s., n. 4 à 9 *bis*; Demante, I, *Introd.*, n. 42 *bis*, III; Huc, I, n. 179; Beudant, *Introd.*, n. 42; Planiol, I, n. 157 et 159; Surville, *op. cit.*, n. 50; Fuzier-Herman, art. 1, n. 43 s., n. 315 s.; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 28 et s. — Crim. cass., 29 juin 1832, J. P., 1832, III, p. 3. — Crim. cass., 3 mai 1834, S., 34. 1. 576, D., 34. 1. 355. — Cass., 7 déc. 1836, S., 37. 1. 612. — Crim. cass., 29 août 1851, S., 51. 1. 790, D., 51. 1. 279. — Civ. cass., 28 oct. 1885, S., 86. 1. 377, rapp. de M. Michaux-Bellaire et note, D., 85. 1. 457. — Aix, 19 janv. 1899, D., 99. 2. 500. — Crim. rej., 22 juill. 1899, S., 1901. 1. 376, D., 1901. 1. 432. — Crim. cass., 29 nov. 1900, D., 1901. 1. 255. — Crim. rej., 17 juil. 1902, D., 1903. 5. 68. — Crim. cass., 22 janv. 1903, S., 1903. 1. 111, D., 1903. 1. 589.

(3) Planiol, I, n. 156; Beudant, *Introd.*, n. 39; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procéd.*, 2e éd., 1898, I, § 12, p. 28 s.; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 22; Esmein, *Dr. constit.*, 2e éd., 1899, p. 342; Laferrière, *De la jurid. administ.*, 2e éd., 1896, II, p. 5; Saint-Girons, *Essai sur la séparat. des pouvoirs*, p. 555. — Crim. cass., 11 mai 1833, S., 33. 1. 357, D., 33. 1. 227. — Conseil d'Etat, 23 mai 1901, S., 1904. 3. 37, D., 1902. 3. 87. — Cf. cep. Gény, *op. cit.*, p. 216, note 1; Jèze, *Rev. génér. d'administ.*, 1895, II, p. 410 s. — Cpr. Alger, 5 mars 1894, S., 96. 2. 89 et note de M. Michoud, D., 94. 2. 280.

ment rapprocher les circulaires et décisions ministérielles, pour observer que, quoique statuant par voies de dispositions générales, elles n'ont aucune force légale : le respect ne s'en impose nullement aux tribunaux, et elles ne sont obligatoires que pour les fonctionnaires soumis hiérarchiquement aux autorités dont elles émanent (1). Mais, comme telles, du moins leur inobservation pourrait-elle fonder un recours au contentieux contre les actes de ces fonctionnaires (2).

§ II. *De la promulgation des lois* (3).

89. Après la confection de la loi, le rôle du pouvoir législatif est terminé : avec la promulgation celui du pouvoir exécutif commence (4). On peut la définir l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste au corps social l'existence de la loi et en ordonne l'exécution (5). La promulgation est l'acte de naissance de la loi, car c'est la constatation par le chef de l'Etat de son origine, qu'il certifie conforme aux règles constitutionnelles. Mais c'est en même temps un ordre du pouvoir exécutif à tous ceux que la loi régit d'avoir à y obéir. La promulgation rend donc son existence certaine, authentique, et lui donne la force coercitive qu'elle n'avait pas auparavant (6).

(1) Aubry et Rau, I, § 5, p. 16, n. 21 et 22 ; Toullier, I, n. 56 ; Fuzier-Herman, art. 1, n. 146 s. — Cons. d'Etat, 17 janv. 1814, S., 14. 2. 139, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 82. — Req. rej., 8 juin 1863, S., 63. 1. 431, D., 64. 1. 293. — Req. rej., 4 janv. 1865, S., 65. 1. 179, D., 65. 1. 172. — Douai, 8 mars 1892, S., 95. 2. 255, D., 92. 2. 562. — Trib. Clermont-Ferrand, 13 mars 1895, S., 95. 2. 254, D., 96. 2. 357. — Cons. d'Etat, 19 mars 1897, D., 98. 3. 84. — Trib. simple police Bourges, 22 déc. 1900, D., 1901. 2. 148. — Civ. cass., 13 mars 1901, S., 1903. 1. 390, D., 1901. 1. 162. — Req. rej., 29 mai 1902, S., 1903. 1. 347, D., 1902. 1. 343. — Cpr. Aix, 19 janv. 1899, précité.

(2) Cons. d'Etat, 15 juin 1864, *Lebon*, 1864, p. 573.

(3) Jourdan, *Thémis*, 1819, I, p. 48 ; Ancelot, *De la promulg. et de la publicat. de la loi*, *Rec. Acad. de législ. de Toulouse*, 1858, VII, p. 462 s. ; G. Demante, *Rev. crit.*, 1871-1872, I, p. 129 s., et 1894, XXIII, p. 586 s. ; Fauvel, *Rev. crit.*, 1872-1873, II, p. 723 s., et 1873-1874, III, p. 32 s. ; de Folleville, *De la promulg. et de l'applicat. des lois et des décrets*, Paris, 1876.

(4) Il faut remarquer que pour les règlements la confection et la promulgation se confondent, puisqu'elles sont toutes deux l'œuvre du pouvoir exécutif et qu'elles interviennent au même moment. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 26.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 4, n. 1.

(6) Toutefois les arrêtés des maires portant « règlement permanent » ne sont pas exécutoires immédiatement après leur promulgation : ils ne le sont, en principe,

90. C'est le président de la république qui est chargé de promulguer la loi, dans le mois qui suit sa transmission au gouvernement par le président de la chambre qui l'a adoptée en dernier lieu. Ce délai est réduit à trois jours lorsque la promulgation même a été, par un vote exprès dans l'une et l'autre chambres, déclarée urgente (loi du 25 février 1875, art. 3; loi du 16 juillet 1875, art. 7, al. 1).

Une loi dont la mise en vigueur est subordonnée à l'accomplissement d'une condition suspensive, n'en doit pas moins être promulguée dans les délais ordinaires ([1]).

Mais la promulgation peut être retardée par l'exercice du droit qu'a le président de la république de demander une nouvelle délibération ([2]).

91. La formule de la promulgation des lois, qui a beaucoup varié ([3]), est actuellement réglée par le décret du 6 avril 1876, ainsi conçu : « A l'avenir, les lois seront promulguées dans la forme suivante : — Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté ; — le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit : — (texte de la loi). — La présente loi, délibérée et adoptée par le sénat et par la chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat. — Fait à..... le..... ». Cette formule ne saurait d'ailleurs, par ses termes mêmes, s'appliquer aux décrets ; mais leur disposition finale en contient l'équivalent, puisqu'elle charge de l'exécution de ces actes un ou plusieurs ministres.

92. Le décret de 1876 n'exige pas la mention de la date à laquelle la loi a été définitivement votée par le pouvoir législatif. Il en est résulté que l'on a pris l'habitude de donner pour date à la loi la date même du décret de promulgation, ou même encore la date du journal où il a été inséré et non, comme on l'aurait dû, conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII, celle du jour où elle est devenue par-

qu'un mois après la remise de l'ampliation au préfet ou sous-préfet (loi du 5 avril 1884, art. 95). — Cf. Beudant, I, n. 79 et 80; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p 26.

([1]) Huc, I, n. 37. — Crim. rej., 5 nov. 1884, S., 87. 1. 823, et note de M. Chavegrin.

([2]) *Supra*, n. 85.

([3]) Cf. sur le style de la promulgation, G. Demante, *Rev. crit.*, 1894, XXIII, p. 590 s.

faite par l'accord des deux chambres. Ce n'est point, en effet, parce que le président de la république a le droit de provoquer, sous certaines conditions, une nouvelle délibération des chambres, qu'on peut dire, comme le fait M. G. Demante, que les résolutions de celles-ci « n'existent pas encore à l'état de lois » tant que le chef de l'Etat n'a pas manifesté sa volonté de ne pas la demander. La loi n'en existe pas moins, au contraire, avant la signature du décret de promulgation : l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875 lui donne lui-même ce titre et la présente comme « définitivement adoptée », c'est-à-dire comme parfaite. La prérogative du président de la république peut la remettre en discussion : mais elle n'en existait pas moins avant que cette prérogative ne se fût exercée. Le dernier mode de citer la loi serait donc le plus correct [1].

§ III. *De la publication des lois* [2].

93. *Exécutoire* en vertu de la promulgation, la loi ne devient *obligatoire* qu'en vertu de la publication. La publication est l'acte de porter, par un moyen quelconque, la promulgation de la loi à la connaissance des intéressés, *divulgatio promulgationis*. La promulgation est un ordre d'exécution ; or il serait injuste que cet ordre dût être exécuté par ceux auxquels il s'adresse avant qu'ils n'eussent été mis à même de le connaître.

94. Ainsi définie, la publication se distingue très bien de la promulgation. Leur objet est, d'ailleurs, tout différent : l'une a pour but d'attester l'existence de la loi, l'autre de la faire connaître. Dans presque tous les pays la distinction de ces deux actes est admise, bien qu'elle ne soit pas toujours nettement formulée. L'Angleterre, toutefois, fait exception à la règle : la loi y devient exécutoire à dater du moment où elle est parfaite ; or elle est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux chambres et sanctionnée par le souverain.

[1] Beudant, *Introd.*, n. 101-103 ; Planiol, I, n. 178 et 179 ; Ducrocq, *Rev. gén. du droit*, 1877, I, p. 9 s., et *Etudes de droit public*, p. 7 s. — *Contra :* G. Demante, *Rev. crit.*, 1871-1872, I, p. 132, et 1894, XXIII, p. 589.

[2] Favard de Langlade, *Des principes relatifs à la publication des lois*, dans le *Traité des priv. et hyp.*, et les ouvrages cités, *supra*, note 3 de la page 80.

Cette distinction de la promulgation et de la publication [1], bien marquée dans le décret du 9 novembre 1789, a été pourtant souvent méconnue par le législateur et même contestée en théorie. Elle peut l'être d'autant mieux que ces deux termes sont synonymes dans notre langue, et que la promulgation se manifeste extérieurement juste par l'acte qui constitue la publication elle-même. Mais, quoiqu'elle ne remonte peut-être pas très loin dans notre droit, cette distinction ne nous en paraît pas moins acquise en doctrine, et elle mérite d'autant mieux d'être conservée qu'elle répond à une réalité objective, surtout depuis que la publication se traduit par une divulgation effective de la loi. Distincts dans le temps, les deux actes s'accomplissent par des procédés différents, et ils n'ont point enfin le même objet. Par ses formes mêmes, la promulgation nous apparaît comme une attestation de l'existence et de la régularité de la loi. D'autre part, elle s'annonce bien comme un ordre d'exécution du nouvel acte en tant que « loi de l'Etat ». On a bien dit, pour prouver que cet ordre était inutile, que le mandement contenu dans la formule exécutoire s'adressait, non au public, mais aux agents du pouvoir. Mais on n'a pas expliqué pourquoi, si la loi était exécutoire par elle-même, ce mandement serait plus nécessaire pour les fonctionnaires, qui doivent donner l'exemple de l'obéissance à celle-ci, que pour le reste des citoyens [2].

95. Parfois la publication de la loi ne la rend pas immédiatement obligatoire. Ou bien sa mise en vigueur est retardée à raison de son importance, et pour qu'on puisse se préparer à son application ou qu'elle coïncide avec le commencement d'une nouvelle période. Ou bien elle est subordonnée à l'arrivée d'un fait dont la réalisation doit être elle-même l'objet d'une publication nouvelle. Ce fait était, pour l'application de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, la confection d'un règlement d'administration

[1] Cf. Crim. cass., 6 fév. 1874, S., 74. 1. 281 et note de M. Cauwès, D., 74. 1. 185, et note de M. Cazalens. — Ch. réun. cass., 22 juin 1874, S., 74. 1. 336, D., 74. 1. 322.

[2] Laurent, I, n. 8 s. — *Contra :* Planiol, I, n. 173. — Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 78-80, et n. 87.

publique (art. 18) [1], et, pour la mise en vigueur de la loi du 15 janvier 1884 sur la répression des délits de pêche dans les mers du Nord, le vote d'une loi semblable par certaines puissances étrangères (art. 24).

Cette publication du fait à l'arrivée duquel est subordonnée l'application de la loi, diffère de la publication de la loi elle-même : celle-ci doit résulter nécessairement de l'insertion du texte législatif dans une feuille officielle ; celle-là, au contraire, peut avoir lieu en conformité des prescriptions de l'avis du conseil d'Etat du 25 prairial an XIII, c'est-à-dire par voie d'affiches ou de notifications individuelles. Effectivement le fait de l'accomplissement duquel dépend la mise en vigueur de la loi, n'en est pas vraiment une partie constitutive, car il ne figure pas au nombre de ses dispositions : il n'est donc point nécessaire qu'il soit soumis au même mode de publication [2]. En ce cas, d'ailleurs, c'est la publicité donnée à ce fait qui continue à faire courir les délais ordinaires de la publication, à moins que le législateur n'ait manifesté l'intention de rendre la loi obligatoire partout à la même date [3].

96. Comment s'effectue la publication ? Une notification individuelle étant évidemment impossible, force est de procéder par voie de notification collective. Sous l'ancien régime, ce fut l'enregistrement du nouveau texte par les Cours souveraines, après qu'il en avait été donné lecture à l'audience, qui en tint lieu. Sous la Révolution, la loi fut d'abord portée à la connaissance des citoyens par voie de proclamation, à son de trompe ou de tambour, ou par voie d'affichage [4]. Puis elle fut insé-

(1) Cependant, lorsqu'une loi prévoit un règlement d'administration publique pour régler les conditions de son application, les dispositions de cette loi qui se suffisent à elles-mêmes, sans avoir à être complétées par un règlement, sont exécutoires dès la publication de la loi, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la publication du règlement qu'elle prévoit. En ce sens, Civ. cass., 3 déc. 1902, S., 1902. 1. 279.

(2) Huc, I, n. 40. — Crim. rej., 5 nov. 1885, S., 87. 1. 233 et note de M. Chavegrin. — Cf. Crim. cass., 19 et 20 juin 1885, S., 86. 1. 45, D., 85. 1. 473. — Crim. rej., 3 sept. 1885, S., 86. 1. 288, D., 85. 1. 474.

(3) Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 94.

(4) Cf. Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur les différents modes de publication des lois, depuis les Romains jusqu'à nos jours, Rev. étr. et fr. de législ.*, 1838, V, p. 279 ; Planiol, I, n. 169 ; Fuzier-Herman, art. 1, n. 165 s.

rée au *Bulletin des lois* et déclarée obligatoire, dans chaque département, du jour où le *Bulletin* serait distribué au chef-lieu (loi du 12 vendémiaire an IV, art. 12). La publication consiste actuellement aussi dans l'insertion du texte nouveau dans une feuille officielle; après expiration d'un certain délai, calculé de façon que cette feuille ait pu parvenir entre les mains des intéressés, la loi est réputée connue d'eux, quoique, en fait, ils aient pu l'ignorer. C'était à eux à la connaître, et il n'y a plus d'injustice à déclarer que la loi leur devient applicable. La publication est donc le résultat d'une présomption légale, en vertu de laquelle les particuliers sont censés connaître la loi et sa promulgation, lorsqu'un certain temps s'est écoulé depuis l'époque où ils ont été mis à même d'en prendre connaissance. Comme le disait Portalis, la publication a donc moins pour objet de faire connaître la loi que de fixer une époque où elle sera censée connue (1).

97. Telle est l'idée maîtresse de la publication. Comment a-t-elle été organisée dans le détail? A cet égard il faut distinguer suivant qu'il s'agit de lois ou de décrets (2).

98. I. Publication des lois. — Des règles différentes ont été posées sur ce point par l'art. 1er du code civil et par le décret des 5 11 novembre 1870.

99. *De la publication des lois d'après l'art. 1er du code civil.*

(1) Aubry et Rau, I, § 26, p. 48 et 49; Demolombe, I, n. 23 et 24; Laurent, I, n. 8-12, et n. 16 s.; Beudant, *Introd.*, n. 89.

(2) Quant à la publication des arrêtés réglementaires des ministres, des préfets et des maires, il suffit de dire ici qu'elle ne résulte, ni pour les uns, ni pour les autres, de leur insertion dans une feuille officielle, mais d'une publicité qui peut avoir lieu dans une forme quelconque, et qui a lieu le plus souvent par voie d'affichage, à la condition que le mode choisi soit réellement de nature à porter l'acte à la connaissance des intéressés, et que tous sont censés connus et par suite obligatoires, d'après la jurisprudence, dès le lendemain même du jour de leur publication, réserve faite de la disposition de l'art. 96 de la loi du 5 avril 1884. — Cf. Beudant, *Introd.*, n. 96; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 27; Blanche, *Etudes pratiques sur le code pénal*, VI, n. 249 s.; Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, V, n. 2804 et 2805. — Cpr. Rouen, 16 fév. 1894, S., 96. 2. 49 et note, D., 95. 2. 245. — Crim. rej., 10 avril 1895, S., 95. 1. 380. — Crim. cass., 4 août 1899, S., 1901. 1. 430. — Crim. rej., 4 août 1899, S., *loc. cit.*, D., 1901. 1. 374. — Crim. cass., 17 mars 1900, D., 1902. 1. 374. — Civ. rej., 3 août 1900, D., 1904. 1. 318. — Crim. rej., 21 déc. 1901 (2 arrêts), D., 1903. 1. 588. — Conseil d'Etat, 24 janv. 1902, D., 1904. 3. 33. — Crim. cass., 10 mai 1902, S., 1904. 1. 476. — Crim. cass., 31 déc. 1903, D., 1904. 1. 281.

— Aux termes de cet article : « *Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi. Elles seront exécutées dans chaque partie du Royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue. — La promulgation faite par le Roi sera réputée connue dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département* ».

Ainsi la loi devient obligatoire dans le département où siège le gouvernement, c'est-à-dire aujourd'hui à Paris et dans toute la Seine, lorsqu'un jour franc [1] s'est écoulé depuis celui de la promulgation, et, dans chacun des autres départements, à l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre le chef-lieu de ce département et Paris. La loi ne revêt donc pas le caractère obligatoire partout à la fois : ainsi une loi promulguée le 1er février sera obligatoire le 3 à Paris et le 4 dans l'Eure, parce qu'il y a dix myriamètres de Paris à Evreux.

Un arrêté du 25 thermidor de l'an XI, rectifié ou complété par les ordonnances des 7 juillet 1824, 1er novembre 1826, 12 juin 1834, et par le décret du 14 août 1860, a déterminé officiellement la distance de Paris aux différents chefs-lieux de départements.

100. Mais l'art. 1er n'a pas prévu le cas où des fractions de dizaines de myriamètres entrent dans la mesure de la distance : doit-on tenir compte de ces fractions pour le calcul du délai?

On le devrait peut-être rationnellement, la loi étant en effet supposée ne pas pouvoir parcourir plus de 10 myriamètres par jour [2]. Mais l'opinion qui néglige ces fractions triomphe

[1] Avis Cons. d'Et., 24 fév. 1817. — Aubry et Rau, I, § 26, p. 87, n. 13 ; Demolombe, I, n. 27. — Crim. cass., 15 avril 1831, S., 31. 1. 380, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 178. — Crim. rej., 16 avril 1831, S., 31. 1. 209, D., *loc. cit.*

[2] Duvergier sur Toullier, I, n. 73 ; Richelot, *Principes du droit civil français*, I, n. 19, note 5. — Crim. rej., 16 avril 1831, S., 31. 1. 209, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 161.

en doctrine et en jurisprudence [1]. Elle a pour elle le texte, qui augmente le délai seulement « d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres », et invoque en sa faveur le sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII, et l'ordonnance précitée de 1824, qui, fixant à 145 myriamètres 1/2 la distance entre Paris et Ajaccio, dit que la loi sera obligatoire en Corse quinze jours après sa promulgation, ce qui fait quatorze jours seulement à raison de la distance. Mais il faut observer que cette ordonnance, simple décision réglementaire, ne saurait être employée à l'interprétation de la loi.

101. On voit qu'il est fort important de connaître le jour de la promulgation, puisqu'il sert de point de départ au délai de la publication. C'était chose facile sous l'empire de la constitution de l'an VIII, en vigueur lors de la promulgation du code civil. En effet, d'après son art. 37, la loi devait être promulguée le dixième jour après celui où elle avait été décrétée : décrétée le 10 mars, elle était nécessairement promulguée le 20, dix jours après cette première date, que les feuilles publiques avaient fait connaître.

Mais la charte de 1814 changea cet état de choses. Elle rétablit le droit de sanction et laissa au roi le choix de la date de la promulgation : comment dès lors connaître la date précise à laquelle intervenait celle-ci ? La publication ne pouvait plus s'opérer, comme il en avait été jusque-là, sans aucun acte de publicité [2].

Une nouvelle règle fut donc posée par l'ordonnance du 27 novembre 1816. D'après son art. 1er, la publication (et non la promulgation, comme il le dit incorrectement) résulte de l'insertion de la loi au *Bulletin officiel des lois*, recueil des textes législatifs et des actes des différents gouvernements qui se sont succédé en France depuis le 21 prairial an II (9 juin 1794) [3]. Mais le délai de la publication ne court que

[1] Aubry et Rau, I, § 26, p. 85, n. 5 ; Demante, I, n. 4 *bis;* Duranton, I, n. 46 ; Toullier, I, n. 73; Delvincourt, I, p. 9, note 6; Marcadé, I, art. 1er-III, n. 30; Valette sur Proudhon, I, p. 18 et 19; Beudant, *Introd.*, n. 90; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 184. — Civ. cass., 27 juin 1854, S., 55. 1. 497, D., 55. 1. 261. — Req. rej., 9 avril 1856, S., 56. 1. 808, D., 56. 1. 187. — Cpr. Demolombe, I, n. 27.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 36, n. 6 et 7.

[3] Sur l'histoire du *Bulletin des Lois*, cf. Demante, I, *Introd.*, n. 42 *bis*-IV;

du jour où le Bulletin contenant la loi a été reçu à l'Imprimerie nationale par le ministre de la justice, qui doit constater cette réception sur un registre (art. 2 et 3 de l'ordonnance). Du reste, depuis le 16 avril 1818 ou le numéro 205 de la 7e série, la date de cette réception est indiquée par avance au bas de chaque numéro, au dessus de la signature du ministre. Les particuliers peuvent donc facilement calculer le délai de la publication, puisqu'ils en connaissent le point de départ par la mention insérée au bulletin, et la durée par l'art. 1 du code civil (1).

102. Mais il est possible que les circonstances exigent que la loi devienne immédiatement obligatoire : l'ordonnance déclarait qu'elle le serait en ce cas, dans chaque département, du jour où elle serait parvenue au préfet, qui en constaterait la réception sur un registre (art. 4). Mais cette disposition ne tarda pas à être modifiée par l'ordonnance du 18 janvier 1817, aux termes de laquelle le préfet doit prendre incontinent un arrêté ordonnant l'impression et l'affichage de la loi partout où besoin sera (2). Et ce n'est que du jour de cette publication, ou plus exactement, semble-t-il, du lendemain de celle-ci, que la loi doit être exécutée (3).

103. *De la publication des lois d'après le décret des 5-11 novembre 1870* (4). — Ce décret n'a en rien modifié les règles qui viennent d'être analysées pour le cas où la publication a été faite, comme elle a pu continuer à l'être, ainsi qu'il résulte d'une rectification insérée au *Journal officiel* du 7 novembre 1870, par voie d'insertion au *Bulletin des Lois*. On a bien dit que la loi serait, dans ce cas, réputée connue, pour la Seine, un jour franc après l'arrivée du *Bulletin* au ministère de la justice, et, dans chaque arrondissement, un

Beudant, *Introd.*, n. 50-53. — Cpr. Planiol, *op. cit.*, I, n. 120 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 35.

(1) Aubry et Rau, I, § 26, p. 49 s.; Demolombe, I, n. 24 et 25.

(2) Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 88, n. 13 *bis*. — Cass. ch. réun., 22 juin 1874, S., 74. 1. 336 et note, D., 74. 1. 322.

(3) Demolombe, I, n. 25 *bis*; Demante, I, n. 6 *bis*-I; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 186. — Trib. Seine, 18 mai 1864, *Gaz. des Trib.* du 19 mai.

(4) Cf. G. Demante, *Rev. crit.*, 1871-72, I, p. 129 s., et 1894, XXIII, p. 586 s.; Fauvel, *Rev. crit.*, 1872-73, II, p. 723 s., et 1873-74, III, p. 32 s.

jour franc après son arrivée au chef-lieu de celui-ci. Mais cette opinion repose sur une combinaison des dispositions de l'ordonnance de 1816 et du décret de 1870, qui ne résulte en aucune façon des termes de ce dernier, et qui est d'autant moins admissible que ces deux dispositions, écrites pour des cas différents, sont parfaitement conciliables [1].

Mais, en vertu de ce décret, la publication peut également avoir lieu par voie d'insertion au *Journal officiel de la République française : « Dorénavant,* porte l'art. 1, *la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au* Journal officiel de la République française [2], *lequel à cet égard remplacera* le Bulletin des Lois. — Le Bulletin des Lois *continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au* Journal officiel *en opèrera promulgation* ». La publication, et non, comme le dit à tort le décret, la promulgation, peut donc s'opérer dans l'un des deux recueils officiels.

104. Mais l'insertion de l'acte à publier peut-elle avoir lieu facultativement, au choix du gouvernement, dans l'un ou dans l'autre? D'après certains auteurs, dont l'opinion a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, « l'emploi du *Bulletin des Lois* comme moyen de publication n'aurait été évidemment conservé que comme subsidiaire et pour des actes qui n'intéressent pas le public en général », et par suite la publication dans le *Bulletin* « ne saurait s'appliquer à des actes d'intérêt public ayant le caractère de lois ». Nous n'hésitons pas, quant à nous, à considérer cette interprétation comme absolument contraire au texte même et à l'esprit du décret. Lorsque le 2e al. de son art. 1er vise les actes non

(1) Aubry et Rau, *loc. cit*, p. 90, n. 14 *quater;* Demante et Colmet de Santerre, I, n. 7 *bis* B; Planiol, I, n. 172; Beudant, *Introd.*, n. 92; Demante, *Rev. crit.*, 1871-72, I, p. 130. — *Contra :* Fauvel, *op. cit.*, n. 23; Ad. F.-Hélie, *Constit. de la France*, p. 1359.

(2) Par décret du 11 nov. 1870, le *Moniteur universel* fut substitué au *Journal officiel*, en ce qui concerne la publication des actes émanant de la Délégation du gouvernement de la Défense nationale, pour tout le temps où les communications ne seraient pas rétablies entre le siège de la Délégation et Paris. — Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 88, n. 14; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 197. — Req. rej., 23 janv. 1872, S., 72. 1. 80, D., 72. 1. 8. — Trib. des conflits, 11 janv. 1873, S., 73 2. 125, concl. de M. Reverchon, D., 73. 3. 22. — Sur l'histoire du *Journal officiel*, cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 35.

insérés au *Journal officiel* et en autorise la publication au *Bulletin des Lois,* il nous paraît indiscutable qu'il se réfère aux « lois et décrets » dont parle l'art. 1er et qui, pour une raison ou pour une autre, n'ont point trouvé place dans l'autre collection. L'erratum du 7 novembre a certainement eu pour but de conserver l'ancien organe de publication à côté du nouveau, avec la faculté par conséquent de l'utiliser pour l'insertion même des lois et des décrets, et rien dans ses termes n'autorise à supposer qu'on ait eu l'intention d'en modifier la destination et de le réserver pour la publication des actes qui ne seraient pas d'intérêt public. Il eût été, au surplus, assez singulier de maintenir son titre de *Bulletin des Lois* à un recueil qui ne pourrait plus recevoir d'actes législatifs (1).

Toutefois la publication par la voie du *Journal officiel* doit être, comme plus moderne et plus rapide, considérée comme le mode normal. Dès lors, si l'acte était publié à la même date par les deux recueils, c'est à la seule publication par le *Journal* qu'il faudrait s'attacher pour en déterminer le délai (2). De même, c'est le texte du *Journal* qui devrait prévaloir, s'il était, comme on l'a vu, différent de celui du *Bulletin* (3). Mais, si l'insertion d'un acte avait lieu à des dates différentes dans les deux collections, ce serait nécessairement le mode de publication qui devrait faire sentir ses effets le plus vite qui l'emporterait sur l'autre, car ce dernier ne saurait les entraver et ne constituerait qu'une superfétation quant à la mise en vigueur de la loi (4).

105. C'est lorsque la publication s'opère par voie d'insertion au *Journal officiel* qu'une règle nouvelle est substituée à celle de l'art. 1er C. civ. par l'art. 2 du décret ainsi conçu :

(1) Cette opinion a été adoptée, depuis notre 1re édition, par les continuateurs d'Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90, n. 14 *sexto;* Beudant, *Introd.*, n. 82-84; Colmet de Santerre (3e éd.), I, n. 7 *bis* A et B. — *Contra :* Valette, *Cours de code civil*, p. VI ; G. Demante, *Rev. crit.*, 1894, XXIII, p. 586 et 587. — Req. rej., 23 janv. 1872, S., 72. 1. 80, rapp. de M. Alméras-Latour, D., 72. 1. 8 et note. — Cpr. Surville, *op. cit.*, n. 45.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90, n. 14 *quinquies*. — Cf. rapport de M. Dupré-Lasale et note, sous Crim. cass., 18 fév. 1882, S., 82. 1. 185, D., 82. 1. 135. — C. d'Etat, 16 janv. 1880, D., 82. 3. 12.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 90.

« *Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le* Journal officiel *qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement* ».

Les délais du code civil ont été ainsi considérablement abrégés. Ils devaient l'être, étant donnée la rapidité avec laquelle s'opèrent à notre époque les communications. Mais, pour que la loi puisse être réellement connue des intéressés, il est ordonné aux préfets et sous-préfets de la faire imprimer et afficher partout où besoin sera (art. 3) (1). C'est d'ailleurs, non pas la date de la promulgation, ainsi que le dit inexactement le texte du décret, mais, pour Paris, celle du Journal qui l'a rendue publique, et, pour chaque arrondissement, celle de l'arrivée au chef-lieu, qui sert de point de départ au nouveau délai (2). Il n'y a donc pas à se préoccuper de la date à laquelle le *Journal officiel* a été reçu au Ministère de la justice, le décret de 1870 différant totalement sur ce point de l'ordonnance de 1816 (3).

Il ne semble pas enfin que ces délais, déjà si courts, puissent être abrégés davantage, quant aux lois proprement dites, en vertu d'une disposition spéciale du décret de promulgation. Car cette faculté n'a été explicitement accordée au gouvernement qu'en ce qui concerne les décrets (art. 2, 2e al.) (4).

106. II. Publication des décrets. — Deux cas doivent être distingués :

Premier cas : Le décret est textuellement inséré dans une feuille officielle.

(1) Cf. aussi loi du 5 avril 1884, art. 92. On appelle parfois cette publication la publication administrative, par opposition à la publication légale, qui est seule à considérer pour la mise en vigueur de la loi : l'autre n'a pour objet que de rendre la publicité plus effective. Cf. Beudant, *Introd.*, n. 99.

(2) On observera d'ailleurs que, si en fait cette arrivée est constatée sur un registre tenu dans les préfectures et sous-préfectures, les particuliers n'ont aucun moyen d'en contrôler la date. Cf. Beudant, *Introd.*, n. 93. — Sur la constatation du jour où le *Journal officiel* est parvenu au chef-lieu de l'arrondissement, cf. une solution de la Régie de l'enregistrement, du 25 avril 1901, donnée à propos de la loi de finances du 25 février 1901, S., 1901. 2. 312.

(3) Aubry et Rau, *loc cit.*, p. 88, n. 14 *bis*. — *Contra :* Fauvel, *op. cit.*, n. 20.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 89, n. 14 *ter*.

Les décrets rendus sous l'empire de la constitution de l'an VIII, et insérés au *Bulletin des Lois,* ne devenaient obligatoires dans chaque département que du jour où le bulletin qui les contenait avait été distribué au chef-lieu (avis du conseil d'État des 12-25 prairial an XIII, déclarant applicable l'art. 12 de la loi du 12 vendémiaire an IV) (1).

Au contraire, les ordonnances royales, les décrets rendus sous la Constitution de 1848 et sous le Second Empire étaient, pour leur publication, soumis aux règles du code civil, complété par l'ordonnance de 1816, qui vise, en effet, nominativement les ordonnances (2).

Aucun acte n'étant venu abroger les dispositions de l'ordonnance, ce sont ses règles qu'il convient encore d'appliquer aux décrets insérés au *Bulletin des Lois.* Ce sont, au contraire, celles du décret de 1870 qui sont, ainsi qu'il le déclare lui-même, applicables aux décrets insérés au *Journal officiel.* L'art. 2 *in fine* ajoute toutefois que le Gouvernement, par une disposition spéciale, peut ordonner l'exécution immédiate d'un décret. Et, comme il ne semble pas qu'on puisse, sur ce point unique, combiner les dispositions du décret de 1870 avec celles de l'ordonnance de 1817, ce serait dès la réception du texte par le préfet ou le sous-préfet, et avant toute publicité nouvelle donnée à l'acte par ce fonctionnaire, qu'il deviendrait alors obligatoire (3).

107. *Deuxième cas :* Le décret n'a été inséré ni au *Journal officiel,* ni au *Bulletin des lois,* ou il n'y a été indiqué que par son titre. — Il ne devient alors obligatoire qu'à partir de sa notification aux intéressés, soit par voie d'affichage, soit par voie de signification individuelle, ou de sa publication suivant le mode qu'il prescrivait lui-même (4).

(1) Cpr. Fuzier-Herman, art. 1er, n. 209 et 210. — Civ. cass., 27 août 1856, S., 57. 1. 577, D., 56. 1. 364.

(2) Aubry et Rau, I, § 27, p. 93, n. 2-4; Demolombe, I, n. 26; Demante, I, n. 7 *bis;* Fuzier-Herman, art. 1er, n. 213 s. — Civ. cass., 4 août 1845, S., 45. 1. 716, D., 45. 1. 335. — *Contra :* Planiol, I, n. 177.

(3) Cf. Fauvel, *op. cit.*, n. 28, 29 et 33; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 199 s., n. 218 s.; Cauwès, sous Cass., 6 fév. 1874, S., 74. 1. 281. — *Contra :* Beudant, *Introd.*, n. 95.

(4) Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 93, n. 1; Demante, *loc. cit.;* Huc, I, n. 42. — Paris, 4 juin 1881, S., 81. 2. 143. — Note sous Crim. rej., 8 fév. 1878, S., 79. 1.

108. Au surplus les règles qui viennent d'être exposées ne sont applicables qu'à la France continentale ; elles ne concernent ni l'Algérie, ni les colonies [1].

109. *Effets de la publication.* — La détermination de ces effets comprend deux questions distinctes : quelle est la force de la loi avant sa publication ? Quelle est sa force après ?

110. Avant l'expiration des délais de publication, la loi n'oblige pas encore [2]. Mais, si elle ne s'impose pas aux particuliers, ne peuvent-ils du moins s'en prévaloir ou s'y soumettre ? On l'a soutenu jadis. Si, a-t-on dit, par la promulgation la loi est exécutoire, c'est qu'elle peut être exécutée ; l'art. 1er dit bien, sans doute, qu'elle ne « sera exécutée », avec sa force obligatoire, qu'à partir de la publication, mais elle n'ajoute pas qu'elle ne peut pas l'être volontairement auparavant [3].

Cette controverse n'est plus qu'un souvenir. Ou bien, en effet, il s'agit d'une loi qui n'est que déclarative de la volonté des parties et à laquelle celle-ci pourrait valablement déroger : et alors les parties ont très certainement la faculté de s'y référer, quoiqu'elle ne soit pas encore obligatoire. Mais on remarquera que c'est alors leur volonté, et non la loi, qui s'exécute. Ou bien il s'agit d'une loi qui ne présente pas ce

331, D., 79. 1. 139. — Req. rej., 28 fév. 1898, D., 98. 1. 484. — Les décrets qui accordent une dispense d'âge ou de parenté, en vue du mariage, ne peuvent être mis à exécution sans avoir été enregistrés au greffe du tribunal civil de l'arrondissement dans lequel le mariage doit être célébré. L'enregistrement a lieu, à la diligence du procureur de la République et en vertu d'une ordonnance du président du tribunal (Arrêté des consuls du 20 prairial an XI, art. 5). N'y aurait-il pas là, comme aussi dans l'entérinement des décrets de grâce en audience solennelle des cours d'appel, comme une sorte de survivance de l'ancien droit d'enregistrement qui appartenait aux Parlements pour les ordonnances royales ? Cf. Sermet, *Le droit de grâce*, Toulouse, 1901, p. 254, note 4.

(1) Demolombe, I, n. 28 ; Huc, I, n. 43 et 44. — Cf. sur la publication en Algérie et aux colonies, Hauriou, *op. cit.*, p. 34 ; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 272 s. — Alger, 14 nov. 1899, D., 1901. 2. 39. — Crim. rej., 8 mars 1900, S., 1903. 1. 381. — Alger, 30 mai 1900, D., 1901. 2. 443. — Civ. rej., 14 juin 1900, S., 1904. 1. 94, D., 1901. 1. 387. — Req. rej., 30 juil. 1901, D., 1902. 1. 485. — Req. rej., 9 déc. 1902, D., 1903. 1. 39.

(2) Fuzier-Herman, art. 1er, n. 241 s.

(3) Delvincourt, I, p. 9, note 2 ; Demante, I, n. 3 *bis*.

caractère, d'une loi d'ordre public, relative, par exemple, à la capacité des personnes : et comment les parties, placées sous l'empire d'une loi qui n'est pas encore abrogée, pourraient-elles invoquer les dispositions d'une loi nouvelle, qui ne s'est pas encore substituée à l'ancienne? Les effets de celle-ci doivent durer jusqu'à ce que celle-là puisse produire les siens : or elle ne les produit que lorsque le délai de la publication est écoulé [1].

111. Après l'expiration des délais, la loi oblige tous ceux qu'elle doit régir : il naît alors, dans l'intérêt social, qui exige que l'application de la loi soit indépendante des négligences ou du mauvais vouloir des particuliers, une présomption qu'ils la connaissent, et cette présomption exclut, en principe, la preuve contraire : *nemo jus ignorare censetur* [2].

Exceptionnellement, dans trois cas, ils peuvent être admis à prouver qu'ils en ont ignoré les dispositions :

112. 1° Lorsqu'un événement de force majeure, tel qu'une invasion ennemie ou une inondation, a intercepté les communications entre le lieu qu'ils habitent et celui où elle a été publiée, et ainsi empêché la loi de parvenir à leur connaissance. Cette solution résulte, par argument *a contrario,* de l'art. 1er C. civ., qui dispose que la loi sera exécutée du « jour où la promulgation en pourra être connue », et des déclarations faites pendant les travaux préparatoires. Il n'y aurait d'ailleurs pas lieu à cette exception si la loi n'avait même pas été publiée dans la circonscription, puisqu'elle serait alors dépourvue de toute force obligatoire [3].

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 5, n. 10; Aubry et Rau, I, § 26, p. 92, n. 15 et 16; Demolombe, I, n. 30; Duranton, I, n. 45; Huc, I, n. 45; Laurent, I, n. 26-28; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 249 s. — Crim. cass., 15 avril 1831, S., 31. 1. 380, D., 31. 1. 214. — Crim. cass., 2 janv. 1903, S., 1904. 1. 57. — Crim. cass., 10 juil. 1903, S., 1904. 1. 539; 4 déc. 1903, S., 1904. 1. 112. — Cpr., en ce qui concerne les tarifs des chemins de fer, qui, une fois homologués par l'autorité compétente, ont force de loi, Civ. cass., 6 mai 1903, S., 1903. 1. 421, D., 1904. 1. 238. — Civ. cass., 8 juil. 1903, S., 1904. 1. 140.

(2) Aubry et Rau, I, § 28, p. 94, n. 1 *bis*, 1 *ter*, 2 et 3; Laurent, I, n. 23 et 24; Planiol, I, n. 216. — Req. rej., 14 août 1882, S., 85. 1. 246, D., 83. 1. 337.

(3) *Disc. au C. d'Etat,* Locré, *Lég.*, I, p. 414 et 415, n. 2-5. — Aubry et Rau, I, § 26, p. 86, n. 6; Demolombe, I, n. 28; Beudant, *Introd.*, n. 91; Planiol, I, n. 237. — Cf. Fauvel, *op. cit.*, n. 71 s.

113. 2° Lorsque la contravention à la loi a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la publication, c'est-à-dire, apparemment, du jour où la loi publiée est devenue obligatoire ([1]), les tribunaux et les autorités administratives et militaires peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance invoquée par les contrevenants ([2]) : ainsi l'a décidé l'art. 4 du décret du 5 novembre 1870, qui ne paraît viser que le cas où la loi a été publiée dans le *Journal officiel*. Par contravention, d'ailleurs, certains estiment qu'il ne faut entendre que l'infraction désignée sous cette dénomination spécifique ([3]).

114. 3° Lorsqu'enfin une loi a pour objet de protéger ou de favoriser ceux qui ont agi par erreur ou de bonne foi, on est admis, en principe, à en réclamer l'application aussi bien pour cause d'erreur de droit que pour cause d'erreur de fait : sinon le but du législateur, qui est de venir au secours de la bonne foi, ne serait qu'incomplètement atteint. C'est ce que supposent au reste les art. 1356 et 2052, qui, à titre exceptionnel, ne permettent pas, dans les cas spéciaux qu'ils prévoient, d'invoquer l'erreur de droit ([4]).

115. Mais notre présomption s'étend-elle en dehors même des limites du territoire français ? La publication telle qu'elle est organisée n'atteignant réellement, dans les délais fixés, que ceux qui se trouvent sur ce territoire, il semble bien que ses effets doivent être également resserrés à l'intérieur de nos frontières. Aussi pense-t on généralement que la présomption est inapplicable à tous ceux, étrangers ou Français, qui ne résidaient pas en France lors de la publication. D'ailleurs, par leurs termes mêmes, l'art. 1er C. civ. et le décret du 5 novembre 1870 s'appliquent exclusivement à l'exécution de la loi sur le territoire français. Il ne reste donc qu'à se conformer à ce principe de raison que la loi ne doit être obli-

([1]) *Contra :* Beudant, *Introd.*, n. 117.

([2]) Cf. Fauvel, *op. cit.*, n. 51 s.

([3]) Aubry et Rau, I, § 28, p. 96, n. 8. — *Contra :* Beudant, *Introd.*, n. 117; Planiol, I, n. 239. — Cpr. Surville, *op. cit.*, n. 52.

([4]) Aubry et Rau, I, § 28, p. 95 et 96, n. 4-8; Planiol, I, n. 238; Beudant, *Introd.*, n. 118.

gatoire qu'à partir du moment où la promulgation en peut être connue. A défaut de présomption légale applicable qui fixe invariablement ce moment, il appartient au juge, dans chaque cas qui lui est soumis, de le déterminer d'après les circonstances de la cause et notamment eu égard à la date de l'arrivée du *Journal officiel* dans le lieu où a été fait l'acte litigieux. C'est cette doctrine qui a été récemment consacrée par la jurisprudence [1].

Elle a, il est vrai, pour résultat d'énerver la loi, dès qu'il s'agit de l'appliquer à des personnes qui ne résident pas en France, ce qui est plus particulièrement regrettable en ce qui concerne les Français habitant à l'étranger. On pourrait même comprendre à la rigueur que la loi, une fois publiée sur le territoire français, fût censée l'avoir été partout, et par suite réputée connue de tous ceux qui peuvent avoir intérêt à la connaître, de même que les lois françaises de police et de sûreté s'imposent à l'étranger, quoiqu'il ne les connaisse pas, dès qu'il entre en France. Mais, en définitive, on ne saurait supposer, dans le silence de la loi, qu'elle ait entendu consacrer une solution à la fois aussi contraire à la raison et aussi rigoureuse.

116. La loi ne devient pas obligatoire au même moment dans toute l'étendue du territoire. Dès lors il faut se demander si la loi nouvelle remplace l'ancienne, dès qu'elle entre en vigueur, en un point donné du territoire, non seulement au regard de ceux qui y sont à la fois domiciliés et résidents, mais encore au regard de ceux qui y sont simplement domiciliés, ou même de ceux qui ne font qu'y résider ou même y passer. Cette question est susceptible de recevoir des solutions très diverses.

On peut d'abord ne s'attacher qu'au domicile de la personne, afin de rendre l'application de la loi absolument indépendante des circonstances de fait.

On peut, au contraire, ne prendre en considération que la

[1] Aubry et Rau, I, § 26, p. 91, n. 14 *octies;* Demolombe, I, n. 29; Planiol, 1re édit., I, p. 64, note 1; Beudant, *Introd.*, n. 165. — Civ. rej., 22 juin 1891, S., 91. 1. 289 et note, D., 91. 1. 353 et concl. de M. Desjardins. — *Contra :* Huc, I, n. 46. — Cons. d'Etat, rej., 14 nov. 1884, S., 86. 3. 36, D., 86. 3. 40.

résidence ou même l'habitation, afin que la loi ait plus de chances d'être réellement connue des intéressés [1].

On peut enfin, et c'est l'opinion générale [2], en faisant abstraction du domicile et de la résidence, envisager : 1° le lieu de la situation des biens auxquels se réfère l'acte litigieux, pour les lois qui rentrent dans le statut réel ; 2° le lieu où s'est passé l'acte ou le fait, soit pour les lois de police et de sûreté, soit pour celles qui règlent la forme des actes, les conditions et les effets des conventions, soit même pour celles qui déterminent la capacité des personnes. Pour toutes les règles de cette dernière catégorie, l'acte ou le fait doit donc produire, dans ce système, les effets que lui reconnaissait la loi qui était en vigueur dans le lieu et au moment où il est intervenu, quels qu'aient été le domicile ou la résidence de ceux qu'il concerne. Ainsi l'acte fait par un individu, majeur d'après l'ancienne loi, mais qu'une loi nouvelle va faire retomber en minorité, dans un lieu où cette loi n'est pas encore devenue obligatoire, restera valable, en principe, quoique cette loi soit déjà entrée en vigueur au lieu de son domicile, où il ne se trouve pas : d'après l'opinion générale, il n'a pas encore été atteint par elle. Une décision contraire exposerait les personnes à de regrettables surprises. Quant aux fraudes qui pourraient être tentées, il va de soi qu'elles feraient cesser l'application du principe, lorsqu'elles seraient nettement établies. Serait nul, par exemple, l'acte du majeur qui, dans notre espèce, quitterait son domicile au moment même où la loi nouvelle va le replacer en état de minorité, pour prolonger frauduleusement sa capacité, en se transportant en un lieu où cette loi n'était pas encore applicable.

Certains auteurs, toutefois, s'inspirant de l'ancienne théorie des statuts, décident que les lois de statut personnel ne sont applicables qu'à ceux qui sont domiciliés dans le lieu où elles sont déjà devenues obligatoires [3].

[1] Fauvel, *op. cit.*, n. 68.

[2] Aubry et Rau, I, § 26, p. 92 et 93, n. 17. — Req. rej., 20 fév. 1845, D., 45. 1. 107, rapp. de M. Lasagni. — Cpr. Demolombe, I, n. 31 ; Beudant, *Introd.*, n. 97 et 165 ; Fuzier-Herman, art. 1, n. 258 s.

[3] Planiol, I, n. 230. — Cpr. Surville, *op. cit.*, I, n. 47.

Cette délicate question ne se pose pas dans les législations, mieux inspirées à cet égard que la nôtre, où la loi devient obligatoire en même temps dans toutes les parties du territoire national [1].

§ IV. *De l'abrogation des lois.*

117. On appelle abrogation l'anéantissement de la force obligatoire d'une disposition légale [2]. Elle résulte le plus souvent, peut-être même uniquement dans notre législation [3], de la publication d'une disposition nouvelle. Cette disposition doit être, en principe, de même nature (loi ou règlement) que celle qu'elle abroge, à moins qu'elle n'émane d'un pouvoir supérieur à celui dont cette dernière émanait elle-même [4].

118. L'abrogation peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand elle est formellement prononcée, comme par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Son étendue dépend alors des termes dans lesquels elle est formulée.

Tacite, lorsqu'elle résulte seulement de l'incompatibilité qui existe entre la nouvelle loi et l'ancienne, auquel cas l'abrogation ne se produit que juste dans la mesure de cette incompatibilité. *Lex posterior derogat priori. Posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariæ sint.* L'abrogation tacite est fondée sur cette règle de raison que, lorsque le législateur a

[1] Laurent, I, n. 20 et 25.

[2] Sur l'étymologie de ce terme, cf. Ulpien, *Reg.*, § 3.

[3] Cette proposition n'est pas vraie des règlements, qui peuvent être l'objet d'une rétractation ou d'une annulation. La rétractation consiste dans le fait, par l'autorité, de rapporter le règlement, sans substituer à ses dispositions de dispositions nouvelles L'annulation consiste dans le fait, par une autorité administrative supérieure ou par une juridiction, de mettre à néant le règlement, le plus souvent pour inopportunité ou pour excès de pouvoir. C'est le conseil d'Etat seul qui statue sur les recours au contentieux fondés sur ce dernier motif. Hauriou, *op. cit.*, 5e édit., p. 27.

[4] Planiol, I, n. 229; Beudant, *Introd.*, n. 104; Fuzier-Herman, art. 1, n. 392 s.; Hauriou, *op. cit.*, p. 48. — Cons. d'Etat, 4 janv. 1895, S., 97. 3. 15, D., 96. 3. 3. — Paris, 21 avril 1896, S., 97. 2. 9 et note, D., 97. 2. 177, note de M. Dupuich. — Crim. rej., 11 juin 1896, S., 97. 1. 112, D., 97. 1. 431. — Req. rej., 12 juill. 1897, S., 1901. 1. 510, D., 97. 1. 573. — Conseil d'Etat, 16 janv. 1903, D., 1904. 3. 53, et les observations de M. Moye, *Rev. crit.*, 1903, p. 72.

manifesté successivement deux volontés différentes, c'est la plus récente qui doit prévaloir [1].

119. Encore faut-il qu'il y ait réelle incompatibilité entre les dispositions différentes des deux lois [2]. Or, en principe, il n'y en a pas lorsque l'une de ces lois est générale, tandis que l'autre règle une matière spéciale : du domaine de la première est exclu celui de la seconde, et toutes deux peuvent respectivement s'appliquer à la fois. C'est pourquoi, en principe, et sauf manifestation de la volonté du législateur, une loi spéciale n'est pas abrogée par une loi générale : *legi speciali per generalem non derogatur* [3].

120. La formule qu'on trouve fréquemment à la fin d'une loi : « Les lois antérieures sont abrogées dans toutes celles de leurs dispositions qui sont contraires à la présente », ne fait, on le voit, que consacrer les règles de l'abrogation tacite.

121. L'abrogation peut-elle procéder d'une autre cause que de la publication d'une loi nouvelle?

Il est certain, d'abord, qu'elle ne saurait résulter de la simple occupation par l'ennemi du territoire français, l'occupation n'entraînant pas par elle-même de changement de souveraineté [4].

(1) Aubry et Rau, I, § 29, p. 98, n. 4 *bis* à 6; Demolombe, I, n. 126; Huc, I, n. 47; Beudant, *loc. cit.*; Planiol, I, n. 228; Fuzier-Herman, art. 1, n. 365 s. — Cf. Civ. cass., 24 avril 1809, S., 9. 1. 222, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 539. — Crim. rej., 4 juill. 1895, S., 97. 1. 107, D., 95. 1. 440. — Trib. Dunkerque, 28 fév. 1901, D., 1901. 2. 397. — Conseil d'Etat, 18 avril 1902, D., 1903. 3. 99. — Crim. cass., 12 juill. 1902, S., 1904. 1. 109, et, sur renvoi, Trib. corr. Versailles, 22 nov. 1902, S., 1904. 2. 219.

(2) Cpr. sur des cas de non-abrogation d'une loi ancienne par une loi nouvelle, Rouen, 22 juill. 1896, S., 97. 2. 115, sous Civ. cass., 7 nov. 1898, D., 1903. 1. 233. — Civ. cass., 1er avril 1901 (2 arrêts), D., 1903. 1. 436. — Trib. Cambrai, 1er avril 1901, D., 1903. 2. 186. — Crim. cass, 14 févr. 1902, D., 1902. 1. 584. — Req. rej., 12 mai 1903, D., 1903. 1. 443. — Cpr. encore, sur la portée abrogative de certaines lois postérieures à d'autres, Conseil d'Etat, 30 nov. 1900, S., 1903. 3. 45, D., 1902. 3. 7.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 9, n. 3; Aubry et Rau, I, § 29, p. 98, n. 7; Demolombe, I, n. 127; Laurent, XII, n. 370 et 371, et XIII, n. 250; Huc, I, n. 47; Beudant, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 1, n. 370. — Crim. cass., 14 juill. 1826, S., 27. 1. 104, D., 26. 1. 415. — Crim. rej., 8 fév. 1840, S., 40. 1. 281, D., 40. 1. 400. — Civ. cass., 9 fév. 1903, D., 1903. 1. 503.

(4) Huc, I, n. 48; Bluntschli, *Droit intern. codifié*, art. 541; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 34 s. — Nancy, 27 août 1872, S., 73. 2. 5, D., 72. 2. 185. — Cf. note

122. Nous pensons également que la modification de l'état de choses en vue duquel une loi a été faite, ne suffit pas pour lui faire perdre sa force obligatoire [1]. Cette force n'a pas été ordinairement subordonnée par le législateur au maintien intégral de cet état de choses, et il se peut que, malgré le changement survenu, l'application de la loi reste utile. Toutefois il en serait autrement, et la loi devrait être considérée comme abrogée, si les conditions mêmes dont devait dépendre son application s'étaient radicalement et à tout jamais modifiées [2].

123. Mais on discute beaucoup la question de savoir si la loi peut être abrogée par un usage contraire (*consuetudo abrogatoria*), ou si elle peut cesser d'être obligatoire par suite d'un non-usage prolongé (*desuetudo*), c'est-à-dire tomber en désuétude.

Et d'abord il importe de remarquer que cette question ne se pose, ni, semble-t-il, pour la coutume qu'on invoque contre une loi interprétative ou supplétive de la volonté des parties, puisque le domaine qu'elle embrasse est gouverné par le principe de leur autonomie et que la coutume peut être présumée l'expression d'une volonté contraire à la loi; ni surtout pour la coutume dite irrationnelle, qui va à l'encontre d'une loi infrangible et des principes les plus essentiels de l'organisation sociale, puisqu'elle ne saurait être érigée au rang des coutumes véritables [3].

Dans les cas où la difficulté subsiste, il nous paraît qu'elle doit être résolue par la négative. Cette solution est certaine, si l'on admet que la coutume n'est même pas une source sup-

sous la délibération de la Cour de Nancy du 8 septembre 1870, S., 72. 2. 33, D., 71. 2. 57.

[1] Aubry et Rau, I, § 29, p. 97, n. 3, et § 40, p. 195, n. 4; Huc, I, n. 47; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, I, n. 84; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 383 s. — Civ. rej., 5 mars 1839, S., 39. 1. 343, D., 39. 1. 123. — Req. rej., 4 avril 1887, S., 89. 1. 317, D., 88. 1. 406. — *Contra :* Merlin, *Quest.*, v° *Trib. d'appel*, § 3; Demante, I, *Introd.*, n. 20; Beudant, *Introd.*, n. 105; Boistel, *Philosophie du droit*, Paris, 1899, II, n. 518. — Cpr. Demolombe, I, n. 129.

[2] Merlin, *loc. cit.;* Toullier, I, n. 153; Demante, *loc. cit.;* Gény, *op. cit.*, p. 217 et 359 s.; Boistel, *Rev. gén. du droit*, 1879, III, p. 182 s. — Cpr. Civ. cass., 11 janv. 1886, S., 88. 1. 461, D., 88. 1. 382.

[3] Gény, *op. cit.*, p. 351 s.

plétive du droit (*praeter legem*). En effet abroger une loi, c'est remplacer une règle par une autre, fût-ce simplement, si on n'en pose pas expressément de nouvelles, par celles du droit commun. La difficulté revient donc à rechercher si la coutume peut faire la loi. Et il n'y aurait qu'à reproduire ici tous les arguments qu'on a déjà fait valoir à ce sujet [1].

Mais cette solution ne se justifie guère moins bien, pour l'heure présente, dans l'opinion de ceux qui reconnaissent, en principe, une égale autorité à la coutume et à la loi écrite. Certains d'entre eux observent effectivement qu'en fait leur puissance respective dépend des conditions politiques ou sociologiques au sein desquelles elle se manifeste. Or, du point de vue politique, il leur paraît que la loi écrite est tenue comme « devant prévaloir, de par son caractère précis et régulier, sur les manifestations incertaines, souvent incohérentes ou mal déterminées, à tout le moins inorganisées, de l'usage ». Et, du point de vue social, ils constatent que les idées régnantes « attribuent très nettement, à la loi écrite sur la coutume, une suprématie décidée ».

D'autres ont objecté, il est vrai, qu'il était irrationnel de laisser une vie purement factice aux règles que la pratique avait rejetées comme contraires aux intérêts qu'elles prétendaient servir ou tout au moins comme inutiles. Mais cette objection ne tendrait-elle pas à faire entrer dans le domaine de l'autonomie des volontés des dispositions qui, par hypothèse, doivent rester en dehors, puisque la pratique des intéressés deviendrait alors la règle suprême? Et quelle autorité propre resterait-il à la loi, s'il lui fallait, pour conserver sa force, obtenir l'assentiment général ou du moins ne pas encourir une désapprobation qui se traduirait par un usage contraire? C'est elle alors dont la puissance deviendrait secondaire, et qui se subordonnerait à la coutume [2].

(1) Cf. *supra*, n. 20.

(2) Aubry et Rau, I, § 23, p. 76, n. 9, et § 29, p. 96, n. 1 et 2; Demolombe, I, n. 35 et 130; Duvergier sur Toullier, I, n. 162, note 5; Toullier, VIII, n. 74 s., et XIII, p. 80 s., note *a*; Huc, I, n. 49 et 50; Planiol, I, n. 231 et 232; Gény, *op. cit.*, p. 342 s.; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 16, note 1; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 120 et 373 s.; Dissert., S., 9. 2. 376. — Civ. cass., 25 janv. 1841, S., 41. 1. 105, D., 41. 1. 91. — Civ. cass., 20 juin 1848, S., 48. 1. 433, D., 48. 1. 221. — Crim. cass.,

Quant à la non-application de la loi, si prolongée qu'elle soit, elle peut s'expliquer par tant de raisons tout à fait étrangères à l'idée d'abrogation, et même exclusives de celle-ci, qu'il serait par trop téméraire de considérer une loi comme abrogée, par cela seul qu'elle n'est pas observée. Et, par exemple, la faiblesse, les calculs politiques, la négligence du pouvoir exécutif, qui ne tient pas la main à l'exécution des prescriptions légales, l'ignorance des intéressés, toutes causes dont cette non-application peut procéder, ne sauraient avoir pour résultat d'enlever à celles-ci leur force obligatoire. Combien de temps faudrait-il d'ailleurs exactement pour qu'elles eussent perdu cette force? (1).

La coutume ne peut donc avoir la force d'abroger la loi que tout autant que le législateur la lui a expressément concédée (2). Ainsi a-t-il fait dans l'art. 1873 C. civ., aux termes duquel les dispositions de ce code sur les sociétés ne s'appliquent aux sociétés commerciales que tout autant qu'il n'y a pas été dérogé par le droit spécial, écrit ou coutumier.

124. Toutefois, si l'on admet que les usages commerciaux peuvent suppléer au silence de la loi, on est logiquement conduit à décider qu'ils peuvent également l'abroger, à la condition qu'elle ne soit pas « impérative et qu'elle ne touche pas

14 mai 1852, S., 52. 1. 855, D , 52. 1. 309. — Civ. cass., 26 mai 1868, S , 69. 1. 33, D., 68. 1. 471. — Req. rej., 30 déc. 1879, S., 80. 1. 199, D., 80. 1. 108. — Crim. cass., 11 juill. 1884, S., 85. 1. 192, D., 85. 1. 333, concl. de M. Barbier. — Req. rej., 8 janv. 1894, S., 95. 1. 174, D., 95. 1. 420. — Civ. cass., 13 avril 1897, S., 97. 1. 401. — Rouen, 15 mai 1900, S., 1904. 2. 73, D., 1902. 2. 163. — Ch. réun. cass., 27 février 1901, S., 1902. 1. 173, D., 1901. 1. 335. — Civ. cass., 20 octobre 1902, S., 1903. 1. 87, D., 1902. 1. 519. — Cpr. Crim. cass., 17 février 1900 (2 arrêts), D., 1902. 1. 142. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Désuétude*, v° *Usage*, § 2, n. 3, et v° *Appel*, sect. I, § 5, n. 4; Toullier, I, n. 162; Duranton, I, n. 107 et 108; Favard, *Rép.*, v° *Désuétude;* Demante, I, n. 20; Beudant, *Introd.*, n. 105; Boistel, *Rev. génér. du droit*, 1879, III, p. 176 s. — Bourges, 23 mai 1840, S., 41. 2. 97, D., 40. 2. 233. — Cpr. Surville, *op. cit.*, 1, n. 74.

(1) Crim. cass., 27 fév. 1875, *Bull. crim. des arrêts de la C. de cass.*, 1875, LXXX, n. 76. — Crim. cass., 11 juill. 1884, précité. — Crim. cass., 19 fév. 1887, S., 87. 1. 280. — Paris, 9 juill. 1897, S., 98. 1. 244, D., 97. 2. 401. — Crim. cass., 4 fév. 1898, S., 98. 1. 244, D., 98. 1. 369. — *Contra :* Req. rej., 4 avril 1887, S., 89. 1. 317, D., 88. 1. 406.

(2) Cf. *supra*, n. 18.

à l'ordre public ». Pouvant, en effet, faire la loi, ils doivent avoir, en principe, la puissance de la modifier, conformément à ce qu'exigent les besoins toujours variables du commerce. On peut dire encore, d'un autre point de vue, que, « en matière de commerce, la loi écrite n'a pas encore tellement pris le pas sur la coutume, que l'on doive, actuellement du moins, considérer sa suprématie comme s'imposant, pour des raisons d'ordre politique ou social » (1).

CHAPITRE II

DES EFFETS DES LOIS

125. Les effets des lois sont envisagés ici : 1° relativement au temps qu'elles régissent; 2° relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire.

SECTION PREMIÈRE

DES EFFETS DES LOIS RELATIVEMENT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT (2)

§ 1. *Principe.*

126. Une loi nouvelle est venue en remplacer une autre, relative au même objet. La loi ancienne régit seule naturellement les actes juridiques qui se sont définitivement accomplis, avec tous leurs effets, sous son empire, sans que la loi nouvelle puisse rien sur eux. Il est non moins certain que cette dernière régira, à l'exclusion de l'ancienne, les actes qui n'étaient pas commencés sous l'empire de celle-ci, et

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I, n. 83; Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 22; Thaller, *op. cit.*, n. 50; Gény, *op. cit.*, p. 362 s.

(2) Chabot de l'Allier, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Dijon, 1829; Mailher de Chassat, *Traité de la rétroactivité des lois*, Paris, 1845; Kalindero, *De la non-rétroactivité des lois*, Paris, 1854; Macarel, Analyse d'une leçon de M. de Gérando sur l'exécution des lois, *Thémis*, 1820, II, p. 468; Blondeau, *De l'effet rétroactif des lois*, *Thémis*, 1825, VII, p. 289 s.; Duvergier, *De l'effet rétroactif des lois*, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 1 s., et p. 91 s.; Jousselin, *Effet rétroactif et droits acquis*, *Rev. crit.*, 1852, II, p. 180 s.; de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la non-rétroactivité des lois*, *Rev. crit.*, 1893, XXII, p. 444 s., et 492 s.

qui par conséquent se sont accomplis en totalité sous l'empire de la loi la plus récente. Mais on conçoit qu'un acte juridique, accompli sous l'empire de l'ancienne loi, puisse produire des conséquences sous l'empire de la nouvelle : par quelle loi ces conséquences seront-elles régies ? Ainsi s'élève le conflit de deux lois successives.

127. Parfois le législateur prévient ce conflit, en résolvant les difficultés auxquelles donne lieu le passage d'une législation à l'autre, au moyen de dispositions ou de lois transitoires (par ex. : art. 691 et 2281 C. civ., art. 11 de la loi du 23 mars 1855). La mission du juge est alors nettement tracée. Que doit-il faire si le législateur a gardé le silence?

Voici le principe qui doit le guider. Toute loi nouvelle constitue, aux yeux du pouvoir dont elle émane, un progrès sur la législation antérieure. Pour ses auteurs, elle règle mieux que la précédente certains rapports juridiques. L'intérêt social exige donc, pour que la législation la plus récente ait tout son effet bienfaisant, qu'elle soit aussi complètement appliquée que possible, même par suite aux rapports nés avant sa publication. Cette application, sans doute, va froisser certains intérêts privés, déjouer certains calculs, tromper certaines espérances. Mais le progrès s'achète à ce prix, et d'ailleurs nul ne peut se prétendre réellement lésé par cette extension de la loi, dès qu'elle ne le dépouille d'aucun droit acquis. Contre le droit acquis, au contraire, celle-ci ne peut rien : sa force doit expirer là où elle rencontre un droit véritable, consacré par l'ancienne loi sous l'empire de laquelle il est né. En portant atteinte à ce droit, la loi nouvelle ne serait plus une cause de progrès social, mais de désordre : toute sécurité serait bannie des transactions, et la loi serait devenue obligatoire avant même d'exister, ce qui serait injuste et contraire au bon sens comme à l'idée même de la publication. La loi ne doit donc pas avoir d'effet rétroactif, et telle est la règle que pose l'art. 2 en ces termes : « *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* » [1].

[1] Cpr. Aubry et Rau, I, § 30, p. 98-99, n. 2, et p. 111 et 112, n. 32; Demolombe, I, n. 40; Laurent, I, n. 142; Beudant, *Introd.*, n. 126; Planiol, I, n. 240; Surville, *op. cit.*, I, n. 62; Blondeau, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 2, n. 101.

128. Elle ne produit pas d'effet rétroactif, qu'on le remarque, par cela seul qu'elle s'applique à des situations anciennes, à des rapports antérieurs, parce que ce sont alors des conséquences nouvelles qu'elle gouverne et qu'on ne peut pas dire qu'elle revient sur le passé. Elle ne devient rétroactive que lorsqu'elle s'attaque à des droits acquis (1), puisque ce qui avait été acquis antérieurement est ravi par elle et perdu par celui qui l'avait.

On voit par cette analyse que si la loi, en principe, ne rétroagit pas, il n'est peut-être pas absolument exact de dire, comme le fait l'art. 2, qu'elle ne dispose que pour l'avenir : elle règle dans une certaine mesure le passé lui-même, le passé qui n'est pas, si ces expressions sont permises, constitutif d'un droit acquis. Ou, en d'autres termes, comme on l'a dit (2), la loi nouvelle ne s'étend pas seulement aux faits futurs qui se produisent sans aucune relation avec un fait antérieur ; elle peut régir encore les faits futurs qui dérivent de faits passés.

129. Toute la difficulté du sujet, et il n'en est pas de plus grave, réside donc, en définitive, dans la distinction de ce qu'on appelle communément droits acquis ou droits, et intérêts ou expectatives (3).

Merlin (4) définit les droits acquis : « ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons ». Tout autre avantage n'est qu'un intérêt ou une expectative ; ne nous appartenant pas encore, il dépend de la loi de nous ravir l'espoir que nous avons de l'acquérir.

130. Ces définitions, reproduites d'une façon plus ou moins explicite par la plupart des auteurs (5), sont certes plus

(1) La réserve des droits acquis s'applique d'ailleurs, non seulement aux titulaires de ces droits, mais à ceux qui deviennent plus tard leurs héritiers. Voir, en ce sens, Trib. sup. de Papeete, 27 oct. 1898, sous Cass. req., 27 avril 1900, S., 1903. 1. 525, D., 1901. 1. 478.

(2) Huc, I, n. 59.

(3) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 489.

(4) *Rép.*, v° *Effet rétroact.*, sect. III, § 1, n. 3.

(5) Cpr. Aubry et Rau, I, § 30, p. 112 ; Demolombe, I, n. 40 ; Demante, I, n. 9 *bis*, VII ; Laurent, I, n. 153 s.

précises que celles qui ont été proposées par Valette [1], lequel entendait par droits acquis les « fortes attentes des citoyens » et par expectatives leurs « faibles attentes ». Elles ne sont cependant, sous un double rapport, que très peu satisfaisantes. D'une part, il est des droits acquis qui ne figurent nullement dans notre patrimoine et qui paraissent dès lors exclus de la définition adoptée, alors qu'ils devraient y entrer : tels les droits constitutifs de l'état de la personne. D'autre part, il est des facultés légales qui ne peuvent nous être enlevées par personne, une fois que nous les possédons (abstraction faite, bien entendu, du législateur qui peut nous les ravir toutes), et qui cependant ne constituent pas des droits acquis dans le sens où il faut prendre ces expressions : c'est le cas notamment pour la capacité civile et politique. Inversement, le droit résultant d'une créance subordonnée à une condition potestative de la part du débiteur est un véritable droit acquis, quoiqu'il dépende de ce débiteur de le réduire à néant. Le critérium proposé est donc tout à fait insuffisant.

131. Il ne vaut guère mieux, après le complément ajouté à la définition de Merlin par M. Huc [2], qui voit un droit acquis dans « tout avantage, dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception ». Le droit d'être électeur ou d'être éligible, la capacité civile, pour ne parler que de ces facultés, sont certainement de ces droits dont la reconnaissance, lorsqu'ils sont méconnus, peut être demandée à la justice ; et cependant ce ne sont pas des droits acquis, puisqu'une loi qui les supprime ou les modifie, de l'aveu général, ne les respecte pas dans la personne de ceux qui les avaient.

132. D'une façon moins heureuse encore et plus vague, on a défini les simples expectatives les droits accordés à une personne par des lois « d'intérêt général », et les droits acquis ceux qui lui sont reconnus par des lois dépourvues de ce caractère. Il resterait à préciser quels sont les actes législatifs qui le possèdent et ceux qui ne l'ont pas, en admet-

(1) Sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes,* I, p. 21 s.
(2) I, n. 60.

tant d'ailleurs qu'ils ne l'aient pas tous. Et même alors, on serait conduit à des solutions certainement erronées : c'est ainsi que la nationalité acquise et la qualité d'époux sont à l'abri d'un changement de législation portant sur les conditions de validité de la naturalisation ou du mariage. Comment pourtant ne pas considérer comme d'« intérêt général » les lois relatives à cet objet?

On a dit enfin que les droits acquis sont les conséquences d'un fait ou d'un acte qui se rattachent à leur cause comme une suite nécessaire et directe, tandis que les simples expectatives sont celles de ses conséquences qui apparaissent seulement comme une suite possible et indirecte de cet acte ou de ce fait [1]. Mais, comme on a bien voulu convenir qu'avec ce critérium, « relativement à chaque acte, les applications peuvent être différentes », il serait difficile de s'illusionner sur sa véritable valeur.

133. Selon nous, par droits acquis il faut entendre les facultés légales régulièrement exercées, et par expectatives ou intérêts celles qui ne l'étaient pas encore au moment du changement de législation qui survient.

Sous le nom de droits, la loi nous reconnaît des aptitudes, nous ouvre des facultés, dont elle nous laisse généralement libres d'user ou de ne pas user. Tant que nous n'avons pas utilisé l'une de ces aptitudes, nous avons un droit, si l'on veut, en ce sens seulement que nous sommes aptes à l'acquérir, selon des modes déterminés. Mais ce droit ne nous est acquis que lorsque nous avons eu recours à ces modes et que notre aptitude s'est, en fait, manifestée par l'acte nécessaire pour son utilisation. L'exercice de la faculté légale, qui s'est en quelque sorte matérialisée dans cet acte, traduite extérieurement par lui, est constitutif du droit acquis [2]. Et

[1] Beudant, *Introd.*, n. 127-129.

[2] Ces idées nous paraissent se rapprocher beaucoup de celles qu'a si remarquablement développées M. Duguit, dans son ouvrage, sur *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901. Cf. notamment, p. 577 s. et p. 589 : « la situation juridique subjective, le droit subjectif n'apparaissent que lorsqu'un acte de volonté individuel et spécial a été accompli ». — Cpr. aussi les définitions de Gierke (*Deutsches Privatrecht*, I, p. 192) : « doivent être considérés comme droits acquis les droits qui appartiennent à leurs sujets en vertu d'un titre spécial d'acquisition »

ce droit nous appartient désormais à ce point qu'une loi nouvelle ne peut pas nous le ravir sans être empreinte de rétroactivité. Ce qui se comprend bien : car la loi se détruirait ainsi elle-même, en détruisant l'œuvre qu'elle a permise dans le passé, au grand préjudice de son autorité personnelle d'abord, et des intérêts de ceux qu'elle régit ensuite, puisque rien ne serait stable dans la société. Quelque supérieure qu'elle soit à la loi ancienne, la loi nouvelle doit donc s'imposer en principe le respect des droits acquis, et ne s'appliquer qu'aux situations qui n'en ont pas encore fait naître. Qu'elle supprime, restreigne ou modifie les facultés accordées autrefois et dont il n'a pas encore été usé, rien de mieux, au contraire, car elle ne lèse personne en s'améliorant elle-même : elle ferme, resserre ou rectifie une voie qui était jusque-là restée ouverte, mais où, par hypothèse, les intéressés ou du moins certains d'entre eux ne s'étaient pas encore engagés (1).

Il devient assez simple, relativement, à l'aide de ce critérium, qui s'inspire du fondement même du principe de la non-rétroactivité de la loi, de résoudre, en l'appliquant exactement, les difficultés de la matière, sans faire intervenir, comme le font la plupart des interprètes, pour la solution de celles-ci, des considérations étrangères au critérium qu'ils prétendent avoir adopté (2). Ainsi, sans anticiper sur nos explications ultérieures, ce n'est point, comme le dit un auteur (3), quant aux lois politiques, parce que « l'unité et l'in-

de Lasalle (*System der erworbene Rechte*, I, p. 61) : « on doit entendre par droits acquis seulement ces droits qui, par un acte de volonté particulière de l'individu, ont été acquis et faits siens par lui » ; et de Gerber (*Grundzüge des Staatsrechts*, 3e édit., 1880, p. 39) : « On doit comprendre par droits acquis seulement ceux dans lesquels une possibilité de vouloir contenue dans le droit objectif s'est réalisée comme état juridique concret d'un sujet individuel, par un processus quelconque, que ce soit un acte juridique, un fait créateur de droit ou une loi ».

(1) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 114 et 115, n. 37, 39.

(2) Ces lignes, reproduites de notre première édition, prouvent que nous nous étions préoccupés à l'avance d'éviter le reproche légitime, que M. Planiol (I, n. 242) adresse aux auteurs, de modifier, « chemin faisant, leurs formules primitives, par des correctifs qui, loin d'en réparer l'insuffisance, ne font que rendre leur pensée plus ondoyante et plus insaisissable ».

(3) Huc, I, n. 56.

divisibilité du régime que ces lois ont pour but de constituer » exigent qu'elles saisissent immédiatement tous les citoyens, qu'elles leur sont aussitôt à tous applicables : c'est plus simplement parce que, comme on le verra, elles ne confèrent à personne pour l'avenir de véritables droits acquis, dans le sens où nous prenons ces termes. Ainsi encore, ce n'est pas, comme l'avance un autre auteur [1], parce que la loi « exerce sur nous une grande et haute tutelle, dont la mission est précisément de mesurer la capacité de chacun », que les lois sur la capacité saisissent immédiatement tous les individus qui se trouvent dans une situation donnée : c'est pour cette autre raison que cette capacité n'est pas constitutive d'un droit acquis, précisément dans la mesure où elle n'a pas été utilisée. C'est, d'après sa définition même, une aptitude, une faculté, rien de plus; il faut qu'elle soit exercée pour qu'elle se transforme en droit acquis. Par cela seul donc que la loi nouvelle respecte les faits auxquels cette capacité a déjà régulièrement donné naissance, elle n'est pas rétroactive; mais elle n'a pas, en outre, à respecter cette faculté pour l'avenir.

134. On a cependant contesté la valeur de ce critérium. « Tous nos droits, a-t-on dit [2], même ceux qui viennent d'une faculté exercée, ne sont pour l'avenir que des facultés non exercées ». Ainsi le droit de propriété sur un bien est « la faculté non exercée d'en user, d'en recueillir les fruits, de le transformer, de l'aliéner ». Ce ne serait donc pas, d'après notre définition, un droit acquis véritable. Et à vrai dire il n'y aurait pas avec celle-ci de droit acquis, puisque tout droit qu'on possède ouvre une nouvelle faculté pour l'avenir.

L'objection ainsi formulée paraît grave : elle ne procède pourtant, selon nous, que d'une confusion. Certes, il est indubitable qu'une faculté légale, une fois exercée, peut engendrer une aptitude nouvelle. Et, pour prendre l'exemple qui a été choisi, lorsque j'ai usé de mon aptitude à devenir propriétaire en acquérant un bien, si j'ai acquis le droit de pro-

(1) Demolombe, I, n. 45.
(2) De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 458.

priété, ce droit m'a ouvert la faculté de l'exercer, c'est-à-dire de jouir et de disposer de la chose qui en est l'objet. Mon droit de propriété, étant acquis, est à l'abri d'un changement de législation, à moins que la loi ne soit rétroactive. Mais mon droit d'exercer ce droit de propriété de telle ou telle manière l'est-il pareillement ? Non il ne l'est pas [1], justement parce que cette faculté d'usage n'est pas encore exercée, par hypothèse, en ce qui touche l'avenir, au moment où survient la loi nouvelle : celle-ci n'a pas de prise sur les actes d'usage qui lui sont antérieurs, mais elle régit tous les autres. Il n'y a dans cette décision, très généralement admise, qu'une application, et non une contradiction, de notre doctrine.

En d'autres termes, il faut soigneusement distinguer, selon nous, pour la solution des difficultés où est engagé le principe de la non-rétroactivité de la loi, entre le droit lui-même, sur lequel on recherche l'influence d'un changement de législation, et les droits ou facultés qui, une fois qu'il est acquis, en dérivent. Le premier, étant exercé, est un véritable droit acquis ; les seconds ne sauraient être ainsi qualifiés, en tant du moins qu'ils n'ont pas été l'objet d'un acte d'exercice. Et comme l'exercice de certaines de ces facultés est successif, qu'il ne s'épuise pas en une fois, mais qu'il est de nature, comme pour un acte de jouissance, à se répéter plus ou moins longtemps, l'avantage qui en résulte devra être considéré comme droit acquis dans la mesure où elles ont été exercées, et comme simple expectative dans la mesure où elles ne l'ont pas été.

Dira-t-on que cette distinction entre l'existence du droit et son mode d'exercice est vaine et dangereuse, puisqu'il va dépendre de la loi de dépouiller hypocritement le droit de toute son utilité, en apportant des limitations successives à son usage ou à son étendue, et de ne plus laisser à son titulaire qu'une apparence dérisoire ?

Mais cette distinction n'en répond pas moins à une réalité certaine. Et, fût-il vrai que le législateur dût la faire servir à porter des atteintes détournées aux droits acquis, on ne

[1] Cf. *infra*, n. 152.

devrait pas oublier qu'aucun critérium ne saurait avoir pour résultat d'imposer des bornes à son omnipotence et de l'empêcher de faire, avec plus ou moins de franchise, quand tel est son dessein, des lois rétroactives [1].

Mais, sera-t-on encore tenté d'objecter, le critérium proposé ne conduit-il pas à des conséquences inadmissibles ? Un contrat de vente est conclu : les deux parties, ayant usé de leur aptitude à contracter, ont incontestablement un droit acquis à ce que leur convention, régulièrement formée, soit maintenue quoi qu'il arrive. Auraient-elles également le droit d'en demander la résolution pour inexécution des clauses du contrat, après qu'une loi nouvelle aurait supprimé cette faculté, qui leur est accordée par les art. 1184 et 1654 C. civ. ? Il semblerait que non, d'après la proposition émise, puisque, par hypothèse, cette faculté, née du contrat, n'avait pas encore été utilisée lors du changement de législation : or ce résultat est inacceptable ! — Sans doute, mais ce n'est point parce que notre proposition est fausse. C'est parce que les effets des contrats, ainsi qu'on le verra, doivent être régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés, en vertu du principe de « l'autonomie de la volonté des parties » en matière de conventions, principe qui fait que celles-ci sont gouvernées normalement par les règles que les contractants ont adoptées expressément ou tacitement lorsqu'ils ont traité : il n'y a donc plus lieu de rechercher si c'est la loi nouvelle ou la loi ancienne qui régit leur convention, mais simplement, en général, ce qu'ils ont voulu et les règles de leur choix.

135. Notre critérium paraît donc répondre à toutes les objections qui lui ont été faites. Il convient toutefois de signaler ici une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, récemment exposée par M. de Vareilles-Sommières. Cet auteur [2] repousse absolument la distinction classique des droits acquis et des intérêts ou expectatives, de quelque façon qu'elle soit présentée [3], et se place à un tout autre point de vue pour

[1] Cpr. Duvergier sur Toullier, I, p. 55 et 56.

[2] *Op. cit.*, n. 19 s.

[3] M. Planiol (I, n. 241, 242 et 243) vient, à son tour, de déclarer cette distinction « absolument fausse au point de vue scientifique », « artificielle et

rechercher si les effets qu'on fait produire à une loi sont ou non rétroactifs. Son système peut être brièvement analysé comme suit.

Une loi est indiscutablement rétroactive « quand elle efface dans le passé », c'est-à-dire dans le temps qui a précédé sa publication, « les effets déjà produits d'un fait ou d'un acte antérieur ». Mais l'est-elle encore quand elle « modifie ou supprime les effets à produire ou futurs » de ce fait ou de cet acte, c'est à-dire pour l'avenir un de nos droits actuels, puisque tout droit est la conséquence d'un acte ou d'un fait? Cela dépend. Elle est rétroactive quand « elle supprime ou modifie ce droit à raison d'un fait passé », quel qu'il soit, qu'il ait donné naissance ou non à ce droit. La loi nouvelle fait alors grief à l'acte accompli de l'un quelconque de ses éléments ou de ses effets, par exemple, du mode, de la forme ou de la circonstance dans lesquels le droit a été acquis ; et, sur le fondement de ce grief, elle dénature ou détruit le droit qui en dérive. Ce n'est pas ce droit en lui-même qu'elle cherche à atteindre, à raison de ses inconvénients : c'est le fait ancien dont il procède. Peu importe alors que le droit ne nous soit enlevé que pour l'avenir : la loi n'en est pas moins rétroactive, puisqu'elle saisit un fait dans le passé pour nous infliger cette privation et lui donne ainsi des effets qu'il ne devait pas avoir [1].

vicieuse », et d'affirmer que « personne n'a jamais pu donner une définition satisfaisante du droit acquis ». Mais, s'il a critiqué avec facilité les définitions anciennes qui en avaient été proposées, il n'a même pas discuté le critérium que nous nous sommes efforcés de préciser. Chose remarquable, il nous a conduits pourtant, sans embarras, à TOUTES les solutions qu'il a lui-même adoptées. Serait-ce parce que la formule à laquelle il s'arrête reproduit, en termes qui ne nous paraissent ni plus clairs, ni plus précis, l'idée essentielle qui nous a inspirés? « La loi est rétroactive écrit le savant auteur, quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les *conditions de légalité* d'un acte, soit pour modifier ou supprimer les *effets d'un droit déjà réalisés*. Hors de là il n'y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les *effets futurs* de faits ou d'actes même antérieurs sans être rétroactive ». Mais comment distinguer les effets réalisés des effets futurs? C'est à ce point de la question que notre critérium nous paraît devoir intervenir, qu'on appelle ou non ces « effets réalisés » droits acquis, car cette terminologie importe fort peu. — Cf. cep. aussi, contre le principe de la distinction, Duguit, *op. cit.*, p. 593 s. et Surville, I, n. 62, qui trouve vagues toutes les formules générales proposées pour définir les droits acquis et préfère expliquer la portée du principe de la non-rétroactivité des lois en procédant par solutions d'espèces.

[1] *Op. cit.*, n. 3 s.

Au contraire, la loi n'est pas rétroactive quand elle supprime ou modifie un droit, non point à raison d'un fait passé, mais à raison des inconvénients ou des dangers qu'offre ce droit en lui-même, ou étant donné l'état, l'âge de ceux qui en jouissent. Elle respecte en effet le droit dans le passé, et n'y touche pour l'avenir qu'en vertu de considérations générales qui s'inspirent des besoins de la société dans les temps futurs. Le législateur modifie bien ainsi les effets de l'acte ou du fait qui avait engendré le droit auquel il porte atteinte, mais c'est en songeant à l'avenir et non au passé. Or « l'avenir est le domaine des lois nouvelles », et nul ne peut se plaindre que, pour des raisons d'intérêt général, ses droits actuels soient modifiés *in futurum* (1).

S'il en est ainsi, que doit faire l'interprète pour l'application du principe de la non-rétroactivité ? Rechercher, non pas quelle faculté la loi nouvelle nous enlève, mais pourquoi elle nous l'enlève (2). Est-ce à raison de cette faculté appréciée en elle-même ou envisagée sous le rapport de ceux qui la possèdent ? Il doit appliquer la loi immédiatement à toutes les situations qu'elle vise. Est-ce à raison d'un fait passé ? Il ne saurait l'appliquer aux situations antérieures à sa mise en vigueur. En un mot, on ne doit pas appliquer la loi nouvelle, « dès qu'en l'appliquant on ravirait aux sujets un droit dans le passé ou dès qu'on leur ravirait un droit pour l'avenir à raison d'un fait passé » (3). Mais le jurisconsulte doit, en outre, loin d'obéir toujours à cette prétendue règle que toute loi nouvelle doit être interprétée aussi largement que possible, n'interpréter que restrictivement les « lois restrictives de la liberté des sujets », et ne point les appliquer aux droits actuellement existants, lorsqu'il y a une raison de distinguer entre ceux-ci et les droits futurs : car le doute doit être interprété en faveur de la liberté (4).

136. Telle est la théorie de M. de Vareilles-Sommières. Le savant auteur confesse que, sur les questions les plus

(1) *Op. cit.*, n. 8 s.
(2) *Op. cit.*, n. 43-45.
(3) *Op. cit.*, n. 56.
(4) *Op. cit.*, n. 50 s.

graves et les plus pratiques, elle donne les mêmes résultats que la doctrine classique. Et il ne serait pas difficile de montrer qu'elle concorde encore avec cette dernière même sur plusieurs des points où elle lui paraît en différer. C'est ainsi qu'on ne saurait décider, nous semble-t-il, dans aucune opinion, qu'une loi qui attacherait des déchéances civiles ou politiques, des privations de droits, à des faits qui ne les entraînaient pas auparavant, frappe ceux-là même qui les ont accomplis avant qu'elle ne fût devenue obligatoire. Comment aurait-elle pu défendre avant d'exister, et modifier ainsi, au préjudice de ceux qui en auraient usé, les conséquences d'une faculté jusque-là légitime ? L'usage qu'ils en auraient fait, dans les conditions où l'autorisait ou du moins le tolérait la loi contemporaine, n'était il pas pour eux constitutif d'un droit acquis, négatif en quelque sorte, en ce sens tout au moins qu'il ne pouvait pas les exposer aux rigueurs de la loi nouvelle ?

Mais cette nouvelle théorie ne nous paraît pas moins très contestable dans son principe. D'abord, quant à la prétendue règle dont se réclament certaines des décisions de M. de Vareilles-Sommières, à savoir que les lois restrictives de la liberté des personnes ne peuvent pas être appliquées, dans le doute, aux droits existants, parce que ce doute profite à la liberté, elle s'inspire d'une conception purement métaphysique à laquelle il est permis de refuser en droit toute valeur. Lors, au contraire, que le législateur resserre une liberté qu'à tort ou à raison il juge avoir été jusque-là trop large et partant dangereuse, il n'y a aucun bon motif pour restreindre au delà de ce que commande la non-rétroactivité de la loi l'application de celle-ci. Ensuite et surtout il ne nous semble pas vrai qu'il suffise qu'une loi supprime ou modifie l'un de nos droits en vertu de considérations générales relatives à ce droit lui-même, et non plus à raison d'un fait passé, pour qu'elle puisse s'étendre, sans rétroactivité, à toutes les situations de la nature de celle qu'elle régit, et même à celles qui sont constitutives de droits réputés acquis. Cette proposition n'équivaut-elle pas à dire, au fond, qu'il ne saurait y avoir pour les particuliers de droits acquis opposables à l'intérêt général

qui inspire certaines lois? Mais cette proposition est fausse, car c'est précisément l'intérêt général bien entendu, en même temps que la raison, qui impose aux lois le respect des situations qui ont engendré réellement ces droits-là. Il n'y a donc pas à rechercher, comme on offre de le faire, dans l'application du principe de la non-rétroactivité, pour quels motifs la loi modifie certaines de nos facultés, mais bien quelles sont celles dont l'usage a fait des droits désormais intangibles, parce qu'il en est né des situations juridiques définies. Dans la mesure où ces situations existent, la loi nouvelle ne peut rien. Au delà, elle ne rencontre plus aucun obstacle et retrouve toute sa puissance pour le plus grand bien social.

137. Au surplus, la doctrine qui vient d'être critiquée conduit à certaines conclusions qui heurtent, à notre sens, toutes les idées. Par exemple, d'après son promoteur [1], le décret du 27 avril 1848, qui a aboli l'esclavage dans les colonies françaises, n'était nullement rétroactif, car il ne l'abolissait pas à raison d'un fait passé et respectait toutes les transactions antérieures relatives aux esclaves, quoiqu'il en supprimât pour l'avenir toutes les conséquences : il ne considérait, pour le condamner, que le droit de propriété sur les esclaves en lui-même, et abstraction faite des sources dont il dérivait. A nos yeux, au contraire, ce décret-loi était empreint d'une bienfaisante, mais indéniable rétroactivité : que faisait-il autre chose, en effet, qu'anéantir un droit existant, acquis, que dépouiller de leur propriété — peu importe que ce fût contre indemnité — les possesseurs d'esclaves, que détruire les conséquences d'une faculté légale par eux légitimement exercée [2] ? S'il n'avait fait, par exemple, qne briser les fers des

[1] *Op. cit.*, n. 14.

[2] M. Planiol (I, n. 256) estime aussi qu'une loi, comme celle là, qui modifie un état de droit résultant de faits antérieurs, n'a aucun effet rétroactif du moment qu'elle ne le régit que pour l'avenir, lequel est le domaine propre de toute loi nouvelle. Mais il n'eût peut-être pas été superflu de montrer comment la loi qui détruit un droit de propriété régulièrement acquis dans le passé respecte complètement ce passé, quoiqu'elle ne supprime ce droit que pour l'avenir, et pourquoi l'équité exige alors qu'elle indemnise son titulaire. Ne serait-ce pas parce que, contrairement à son attente légitime, on le dépouille de ce qui était à lui? Et comment

esclaves acquis à titre onéreux, c'est-à-dire à raison d'un fait passé déterminé, il aurait été, d'après M. Vareilles Sommières, certainement rétroactif : mais il ne le serait plus du moment que, par un effet plus plein, il a aboli complètement l'esclavage! C'est ce qui est assez peu compréhensible.

De même, le savant jurisconsulte décide, d'accord en ce point avec l'opinion commune, qu'une loi qui viendrait réduire à 4 0/0 le taux maximum de l'intérêt de l'argent « pour toutes les créances résultant d'un prêt », serait inapplicable aux prêts anciens; sans quoi elle atteindrait le fait passé à raison duquel intervient la modification. Mais il pense, au contraire, que la loi qui réduirait ainsi ce taux pour « toutes les créances d'argent » sans distinction, quelle que fût leur source, serait applicable même aux créances déjà existantes [1], puisque le changement de législation aurait été alors déterminé par les inconvénients en général de l'ancien taux. Voilà encore un résultat qui n'est pas de nature à recommander la doctrine de M. de Vareilles-Sommières, car il paraît bien difficile de nier le caractère rétroactif d'une loi qui réduirait l'intérêt conventionnel des créances nées avant qu'elle ne fût devenue obligatoire.

Au reste, certaines des décisions de cet auteur ne dérivent peut-être pas du critérium qu'il adopte, ce qui prouverait que l'application en est, en définitive, assez malaisée. Il admet notamment que la loi du 12 janvier 1886, qui a rendu libre la fixation du taux de l'intérêt de l'argent en matière commerciale, est inapplicable aux prêts antérieurement consentis. Cette solution est incontestable, mais elle se justifie difficilement dans la théorie, rigoureusement appliquée, de M. de Vareilles-Sommières : il semblerait, au contraire, que,

affirmer alors sans réserve que « le législateur ne nous garantit nullement dans l'avenir l'exercice de nos droits actuels » ? La vérité nous paraît être qu'une loi rétroactive peut agir sur le passé plus ou moins. Elle peut maintenir ce passé constitutif de droits jusqu'à l'époque de sa promulgation, ou s'appliquer même à en effacer toutes les conséquences jusque dans la période antérieure. Mais, pour être ainsi plus ou moins radicale, elle n'en est pas moins à nos yeux, dans tous les cas, rétroactive. — Cf. aussi, dans notre sens, Aubry et Rau, I, § 30, p. 128 et 129, n. 67 et 68, et, en sens contraire, Duguit, *op. cit.*, p. 597.

[1] *Op. cit.*, n. 18.

selon lui, cette loi dût produire ses effets même dans le passé, puisqu'elle s'est inspirée de considérations générales relatives au droit qu'elle accorde et qu'elle ne l'a modifié nullement à raison d'un fait passé.

Cette théorie repoussée, nous croyons donc devoir nous en tenir très strictement au critérium que nous nous sommes efforcés de préciser.

138. Quelle est maintenant la nature du principe de non-rétroactivité contenu dans l'art. 2 ? M. Laurent (1) s'applique à démontrer que c'est d'abord un précepte à l'adresse du législateur. Ce qu'il importe de savoir et ce qui est certain, c'est que cette règle s'impose au juge, mais qu'elle ne lie pas le législateur, car ce n'est pas une règle constitutionnelle. Elle a eu pourtant ce caractère sous l'empire de la constitution du 5 fructidor an III : l'art. 14 de la Déclaration des Droits disposait qu'aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne pourrait rétroagir. Mais cette défense, qu'expliquaient seules les trop nombreuses lois rétroactives de la Révolution (2), n'a pas été reproduite dans les constitutions ultérieures. Le législateur est donc libre de faire des lois rétroactives (3), et c'est un bien, car cette rétroactivité peut parfois produire les plus heureux effets (4).

139. La volonté du législateur de faire rétroagir la loi peut être manifestée expressément ou tacitement. Mais à quels signes se reconnaît sa volonté tacite ? La question est des plus délicates. D'après M. Laurent (5), comme le législateur est l'organe de l'intérêt général, le juge doit rechercher si la sauvegarde de cet intérêt commande ou non que la loi soit

(1) I, n. 142.

(2) Cf. notamment la loi du 17 nivôse an II.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 2 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 99, n. 3-5 ; Demolombe, I, n. 67 ; Demante, I, n. 9 *bis*, I ; Laurent, I, n. 141 s. ; Huc, I, n. 88 s. ; Beudant, *Introd.*, n. 131 ; Planiol, I, 250, 253 et 254 ; Surville, I, n. 66. — Req. rej., 15 avril 1863, S., 63. 1. 350, D., 63. 1. 401.

(4) Cf., à titre d'exemple, la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, loi rétroactive au fond, à laquelle on a donné la couleur d'une loi interprétative. — Cf., sur les conséquences des lois rétroactives quant aux actions encore pendantes lors de leur publication, Lyon, 14 juin 1895, et Douai, 8 juill. 1895, S., 96. 2. 213. — Civ. rej., 17 fév. 1896, S., 96. 1. 257, note de M. Lyon-Caen.

(5) I, n. 164 s.

rétroactive ; et ce serait toujours le cas pour les lois d'ordre public. Certains auteurs se rallient à cette doctrine, pour le cas tout au moins où l'ordre public est en jeu (1), et la jurisprudence paraît l'adopter en son entier lorsqu'elle déclare qu'il faut s'attacher à « la nature de la disposition légale » et à « l'utilité de son application immédiate », pour voir si elle doit être ou non rétroactive (2).

A notre avis, cette doctrine dénature les pouvoirs du juge, et l'expose à méconnaître la pensée législative. C'est en effet à la recherche, non de ce que le législateur aurait dû faire au point de vue de l'intérêt social, mais de ce qu'il a fait, que le juge doit se livrer : c'est l'intention effective et réelle des auteurs de la loi, telle qu'elle résulte de son texte, de son économie générale et des travaux préparatoires, et elle seule, qui en détermine le sens et les effets. Il faut donc que leur volonté de rendre la loi rétroactive soit nettement établie, pour que le juge soit autorisé à la considérer comme telle. L'étude des caractères et du but de la loi peut l'aider, sans doute, à découvrir cette volonté (3), mais elle ne ressort pas nécessairement de ce que cette loi repose sur des considéra-

(1) Duvergier, *op. cit.*, p. 6 ; Pillet, *De l'ordre public international*, p. 64 s.

(2) Caen, 25 fév. 1883, S., 86. 2. 29, D., 84. 2. 215, et les arrêts cités p. 119, note 1. — Crim. rej., 2 juin 1900, S., 1904. 1. 155. — Cpr., quant à la rétroactivité des art. 16 et 17 de la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association, Crim. cass., 20 nov. 1903, S., 1904. 1. 64. — Civ. cass., 8 fév. 1904, D., 1904. 1. 117. — Crim. rej., 12 août 1904, D., 1904. 1. 595. — *Contra :* Lyon, 15 juillet 1902 (arrêt cassé par celui du 8 fév. 1904, précité), et Rennes, 26 nov. 1902, D., 1904. 2. 57. — Cpr. Poitiers, 6 juillet 1903, Besançon, 15 juillet 1903, et Rennes, 16 juillet 1903, D., 1904. 2. 57.

(3) Tel est le cas des lois fiscales, qui, en principe, s'appliquent, dès leur promulgation, à tous les faits qu'elles ont pour but de viser. Cpr., à cet égard, Civ. cass., 6 nov. 1900, D., 1901. 1. 185. — Civ. cass., 18 fév. 1901, S., 1901. 1. 392, D., 1901. 1. 196. — Il a été notamment jugé, à maintes reprises, que la loi du 16 avril 1895 (art. 8), qui substitue une taxe d'abonnement à l'ancien droit d'accroissement dû par certaines associations ou congrégations, s'est appliquée, dès l'expiration du délai de six mois qu'elle prévoit, pour tous les droits non payés à l'expiration de ce délai. Req. rej., 28 mars 1900, S., 1901. 1. 103, D., 1902. 1. 197. — Civ. rej., 9 mai 1900, S., 1901. 1. 465, D., 1901. 1. 241. — Civ. cass., 5 fév. 1901, S., 1901. 1. 423, D., 1904. 1. 130. — Civ. rej., 10 juillet 1901, S., 1902. 1. 363, D., 1901. 1. 550. — Req. rej., 17 juillet 1901 (motifs), 2 arrêts, S., 1902. 1. 371, D., 1903. 1. 422. — Req. rej., 23 avril 1902, S., 1903. 1. 292, D., 1903. 1. 422. — Cf. cependant, sur une limitation de la partie rétroactive de cette loi, Civ. cass., 10 nov. 1903, S., 1904. 1. 533, D., 1904. 1. 206.

tions d'ordre public. On comprend très bien, au contraire, qu'une loi de cette nature ne soit pas d'une application tellement urgente et impérieuse qu'elle doive, dans la pensée de ceux qui l'ont faite, toujours régir le passé : elle ne doit donc le régir que s'il est bien démontré qu'ils l'ont voulu. Notre théorie, au surplus, déjà seule conforme aux principes généraux de l'interprétation, s'inspire de cette autre règle que toute dérogation à un principe, ici celui de la non-rétroactivité de la loi, doit être formelle [1].

§ II. *Applications.*

140. Les applications du principe sont nombreuses [2]. Il faut parler successivement des différentes espèces de lois, distinguées par leur objet, en réservant toujours, bien entendu, le cas où la volonté du législateur aurait été manifestée expressément ou tacitement.

141. Et d'abord l'application du principe n'est pas en cause en ce qui concerne les lois interprétatives. Elle suppose, en effet, un conflit entre deux lois. Or la loi interprétative fait corps avec celle qu'elle interprète : c'est la première

[1] Huc, I, n. 92 et 93; Beudant, *Introd.*, n. 143 et 144. — Cf. Naquet, note sous Aix, 18 fév. 1886, S., 86. 2. 169. — Cpr. sur ce point les décisions contradictoires rendues, relativement à la loi du 8 avril 1885 sur les marchés à terme, par la cour de Paris (6 juin et 19 juin 1885, S., 86. 2. 1, et note de M. Labbé, D., 85. 2. 121, et note de M. Sarrut), qui la considère comme d'ordre public et comme telle la fait rétroagir; par les cours de Lyon, Toulouse et Nancy (4 juin, 2 juill. et 25 juill. 1885, *Ibid.*), qui lui refusent ce caractère, et les cours de Dijon et Montpellier (24 avril et 7 mai 1885, *Ibid.*), qui, bien que le lui accordant, ne lui reconnaissent pas d'effet rétroactif. — Cf. aussi, en ce qui concerne la loi du 12 janv. 1895 sur la saisie-arrêt des salaires et traitement des employés et ouvriers, Trib. Perpignan, 20 fév. 1895, et Trib. Seine, 2 mars 1895, S., 95. 2. 220, et note, D., 96. 2. 185, note de M. Glasson. — Trib. Auxerre, 12 juin 1895, D., 96. 2. 185, note de M. Glasson. — Trib. Auxerre, 4 mars 1896, S., 96. 2. 314, D., 96. 2. 289, note de M. Appleton. — Trib. Seine, 9 juin 1896, S., 97. 2. 119. — Trib. Beauvais, 24 déc. 1896, S., 97. 2. 120. — Trib. Seine, 23 mars 1897, S., 98. 2. 181. — Trib. Narbonne, 1er avril 1897, S., 98. 2. 116. — Trib. Angoulême, 12 août 1896, et Bordeaux, 10 août 1897, S., 99. 2. 81, note de A. T. — Civ. cass., 31 oct. 1900, S., 1902. 1. 241, note de M. Tissier, D., 1902. 1. 257.

[2] Ce n'est pas donner effet rétroactif à une disposition de loi que la viser pour dire qu'un état de fait déterminé ne lui est pas contraire, mais ne s'appuie pas sur cette disposition de loi. En ce sens, cf. Req. rej., 13 nov. 1900, S., 1901. 1. 182, D., 1902. 1. 345.

loi elle-même rendue plus claire. On l'appliquera donc naturellement aux rapports anciens nés sous l'empire de la loi avec laquelle elle se confond, à moins que ces rapports n'aient été déjà en fait, lors de sa publication, réglés d'une façon définitive, auquel cas il n'y a plus lieu d'y revenir [1]. L'art. 2 contenait en ce sens, dans sa rédaction primitive, un alinéa qui n'a été supprimé que comme inutile [2]. — Le législateur a parfois utilisé cette règle pour dissimuler sous le nom de loi interprétative une loi qui avait réellement le caractère rétroactif [3].

142. C'est à peine s'il convient de parler ici des lois pénales, le sujet appartenant plutôt au droit criminel qu'au droit civil. En vertu du principe « *Nulla pœna sine lege* », la loi pénale n'a pas d'effet rétroactif lorsque la rétroactivité pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour le coupable. C'est ainsi qu'une loi qui incrimine un fait jusque-là non incriminé ou qui aggrave la peine prononcée par la loi pré-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 13, et *Quest.*, v° *Chose jugée*, § 8; Aubry et Rau, I, § 30, p. 102, n. 9, 9 *bis* et 10; § 38, p. 186, n. 3; Demolombe, I, n. 66; Demante, I, n. 9 *bis*, VI; Laurent, I, n. 167; Huc, I, n. 94; Beudant, *Introd.*, n. 133-136; Planiol, I, n. 251; Surville, I, n. 65; Mailher de Chassat, I, p. 126 s.; Fuzier-Herman, art. 1er, n. 336 et 337, et art. 2, n. 12 s. — Civ. rej., 20 août 1865, S., 65. 1. 433 et note de M. E. Moreau, D., 65. 1. 329. — Trib. Lyon, 21 janv. 1893, sous Lyon, S., 95. 2. 185. — Trib. Sidi-Bel-Abbès, 8 fév. 1893, S., 93. 2. 160, et note. — Douai, 8 juill. 1895, S., 96. 2. 213, D., 98. 2. 481, note de M. Pic. — Grenoble, 31 oct. 1899, S., 1900. 2. 96, D., 1900. 2. 350. — Civ. rej., 24 juill. 1900, D., 1900. 1. 502. — Cf. en divers sens, pour l'art. 3 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, Civ. cass., 11 déc. 1901, S., 1903. 1. 465, D., 1902. 1. 353. — Aix, 7 avril 1902, S., 1902. 2. 241, note de M. Naquet, D., 1903. 2. 149. — Req. rej., 16 févr. 1904, D., 1904. 1. 263. — Cf. encore, pour le caractère interprétatif de la loi du 22 mars 1902, qui modifie l'art. 18 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, Nancy, 3 mai 1902, Trib. Boulogne-sur-Mer, 3 mai 1902, et Trib. Château-Chinon, 21 nov. 1902, S., 1903. 2. 89. — *Contra* : Nîmes, 10 mai 1902, et Paris, 18 juillet 1902, S., 1903. 2. 89, note de M. Wahl. — Civ. rej., 18 mars 1903 et 2 mars 1904, D., 1904. 1. 161. — Civ. rej., 30 mars 1903, S., 1904. 1. 493 (3 arrêts), D., 1904. 1. 161 (2 arrêts). — Req. rej., 28 déc. 1903, D., 1904. 1. 514. — Cpr. Besançon, 9 janv. 1903, S., 1903. 2. 89. — Cpr. sur une autre loi présentant le caractère interprétatif, Trib. mixte de Tunis, 5 mars 1903, S., 1903. 2. 253. — Cf., contre le caractère interprétatif de l'art. 13 de la loi du 8 fév. 1902 sur les conséquences de la dépossession des titres au porteur, Paris, 3 déc. 1902, S., 1904. 2. 289, D., 1904. 2. 418, et note.

[2] Locré, *Lég.*, I, p. 380, art. 2; p. 391, n. 16.

[3] Cf. notamment la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés.

cédente, ne peut pas être appliquée à raison de faits antérieurs à sa publication (art. 4 C. pén.). On admet, au contraire, *humanitatis causa,* que les lois pénales rétroagissent lorsque la rétroactivité est favorable au coupable. C'est ainsi que l'auteur d'une infraction peut bénéficier d'une loi nouvelle qui adoucit ou même supprime la peine prononcée par la loi en vigueur à l'époque où l'infraction a été commise, si cette loi survient avant qu'il n'ait subi une condamnation irrévocable (1).

143. I. Lois relatives aux droits publics. — Ces lois régissent aussitôt toutes les situations de la nature de celles qu'elles ont pour objet de régler (2). Par exemple, elles peuvent enlever la qualité d'électeur ou d'éligible à qui la possédait jusque-là, l'accorder à qui elle était refusée, ou enlever à certains citoyens l'aptitude qui leur était reconnue à l'exercice des fonctions publiques (3). On explique d'ordinaire ce résultat par la prédominance de l'intérêt social sur l'intérêt privé; mais cette explication serait insuffisante s'il s'agissait, non d'un simple intérêt, mais d'un droit acquis. La vraie raison juridique nous paraît être que les droits publics ne sont, en tant qu'on en considère l'exercice futur, que de simples facultés, des aptitudes, qui ne constituent des droits acquis que par leur réalisation à chaque acte par lequel se traduit leur exercice : une loi nouvelle peut donc les retirer aux citoyens pour l'avenir, sans être empreinte de rétroactivité, pourvu qu'elle en respecte l'exercice dans le passé. Ainsi une loi nouvelle peut m'enlever le droit de vote sans rétroactivité,

(1) Cf. l'explication de l'art. 4 C. pén. dans les traités de droit criminel, notamment Vidal, *op. cit.,* n. 898 et s., et Fuzier-Hermann, art. 2, n. 192 s. — Cpr. aussi Surville, I, n. 63.

(2) Aubry et Rau, I, § 30, p. 104, n. 12 *bis;* Laurent, I, n. 154; Huc, I, n. 56; Beudant, *Introd.,* n. 140; Planiol, I, n. 257; Duvergier, *op. cit.,* p. 5; Fuzier-Herman, art. 2, n. 24 s. — Civ. cass., 12 août 1867, S., 67. 1. 447, D., 67. 1. 373. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 111 et 112. — Civ. cass., 22 avril 1874, S., 74. 1. 264, D., 75. 1. 434. — Civ. rej., 21 mars 1900, S., 1903. 1. 535, D., 1901. 1. 388. — Trib. de paix de Castillon (Ariège), 11 avril 1900, S., 1902. 2. 149.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 104 et 105, n. 12 *ter* et 13. — Civ. cass., 23 mars 1876, S., 76. 1. 212, D., 76. 1. 204. — Civ. rej., 28 oct. 1885, S., 86. 1. 377, rapp. de M. Greffier, D., 85. 1. 457. — Cpr. Req. rej., 15 avril 1868, S., 68. 1. 184, D., 71. 5. 123.

pourvu qu'elle n'annule pas les conséquences des votes que j'ai déjà émis.

Spécialement il a été décidé que la déclaration de résidence prescrite par la loi du 8 août 1893 devait être faite même par les étrangers venus en France avant sa mise en vigueur pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie (1).

De même il a été décidé qu'une loi peut soumettre à certaines conditions nouvelles l'exercice d'une profession déterminée, la médecine ou l'art dentaire, par exemple (2).

Enfin il a été également jugé que la loi du 2 avril 1901, qui supprimait toute condition de minimum de taille pour le service militaire, devait être applicable aux classes de recrutement pour lesquelles les opérations du conseil de révision étaient déjà commencées, lors de sa promulgation (3).

144. II. Lois relatives a l'état des personnes. — L'état des personnes constitue une sorte de propriété, protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété sur les biens matériels. Il est, d'autre part, le résultat d'actes ou de faits, dont l'accomplissement doit le mettre à l'abri des atteintes d'un changement de législation. A ces deux titres, il constitue pour les personnes un droit acquis, que ne saurait compromettre l'application d'une loi nouvelle (4).

145. De là les conséquences suivantes :

1° Lorsqu'une loi nouvelle change les conditions ou les effets civils de la naturalisation proprement dite, elle est applicable à tous ceux qui, lors de sa mise en vigueur, ne sont pas encore naturalisés ; mais elle ne modifie en rien la situation de ceux dont la naturalisation constituait alors un fait accompli (5).

(1) Pau, 21 avril 1894, S., 94. 2. 16, D., 95. 2. 57.

(2) Cpr. sur la portée rétroactive de la loi du 30 nov. 1892, relative à l'exercice de la médecine, Crim. rej., 27 juill. 1899, S., 1901. 1. 431, D., 1900. 1. 159. — Cpr. sur une question analogue, Crim. rej., 18 avril 1901, S., 1904. 1. 63. D., 1901. 5. 38.

(3) Cons. d'Etat, 28 juin 1901, S., 1904. 3. 56, D., 1902. 3. 102.

(4) Aubry et Rau, I, § 30, p. 112, n. 33, et p. 108, n. 20; Demolombe, I, n. 41; Huc, I, n. 66. — Cpr. Laurent, I, n. 169 et 170; Fuzier-Herman, art. 2, n. 72 s. — Pau, 22 juin 1892, S., 93. 2. 121, D., 94. 2. 179.

(5) Aubry et Rau, I, § 30, p. 113, n. 34 et 34 *bis*; Demolombe, I, n. 41; Beudant, *Introd.*, n. 129; de Vareilles-Sommières, n. 64. — Cpr. Laurent, I, n. 171 et 172;

2° Les mariages contractés conformément aux prescriptions de la loi existante à l'époque de leur célébration ne reçoivent aucune atteinte d'une loi postérieure qui en modifie les conditions de validité, par exemple d'une loi qui crée un nouvel empêchement (1). Mais, à l'inverse, une loi qui ferait disparaître un empêchement au mariage s'appliquerait, dès sa publication, à tous ceux qui voudraient se marier à l'avenir, et le bénéfice pourrait en être revendiqué par les personnes qui, avant celle-ci, n'auraient pu contracter mariage en raison de cet empêchement. Et tel a été le cas pour la loi du 15 décembre 1904, qui a abrogé l'art. 298, lequel interdisait, en cas de divorce pour cause d'adultère, le mariage du conjoint adultère avec son ou sa complice (2).

3° Les modes de preuve de la filiation légitime sont déterminés par la loi en vigueur à l'époque de la naissance, car c'est le fait même de la naissance qui fixe cette filiation (3).

4° Les adoptions et les reconnaissances, volontaires ou forcées, régulièrement accomplies sous l'empire de la loi ancienne, ne souffrent aucune atteinte de la part d'une loi nouvelle qui change les conditions de validité de ces actes (4).

Mais cette loi pourrait, au contraire, enlever à l'enfant dont

Huc, I, n. 62. — Ce qui est dit, au texte, de la naturalisation s'applique, du reste, à tous les autres modes d'acquisition de la nationalité française. — Cpr., sur la non-rétroactivité de la loi du 26 juin 1889, relative à la nationalité, Bourges, 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425. — Alger, 26 oct. 1899, S., 1903. 2. 11, D., 1901. 2. 348. — Alger, 23 mars 1900, S., 1903. 2. 297, D., 1903. 2. 321. — Alger, 4 mai 1901, S., 1903, 2. 297, D., 1903. 2. 143. — Civ. rej., 12 avril 1902, S., 1902. 1. 360, D., 1903. 1. 332. — Cpr. encore, sur la non-rétroactivité en matière de nationalité, Alger, 14 nov. 1899, D., 1901. 2. 39, et Civ. rej., 17 fév. 1903, D., 1903. 1. 241. Ce dernier arrêt, dont la solution est critiquée par M. Surville (*Rev. crit.*, 1904, p. 202), pose le principe de la non-rétroactivité des traités d'annexion.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 2, art. 5, n. 1; Aubry et Rau, I, § 30, p. 113, n. 35; Demolombe, I, n. 41; Laurent, I, n. 173; Huc, I, n. 65; Planiol, I, n. 260; de Vareilles-Sommières, n. 65; Pascaud, *Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 546. — Chambéry, 7 fév. 1885, S., 86. 2. 217, note de M. Chavegrin, D., 85. 2. 241.

(2) Cf. Chevresson, *Lois nouvelles*, 1905, 1re partie, p. 29-30.

(3) Merlin, *loc. cit.*, sect. 3, § 2, art. 7, n. 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 112, n. 33. — Bordeaux, 21 déc. 1886, D., 87. 2. 163.

(4) Merlin, *loc. cit.*, sect. 3, § 2, art. 7, n. 3; Aubry et Rau, I, § 30, p. 113 et 114, n. 36; Demolombe, I, n. 42; Laurent, I, n. 190; Huc, I, n. 66. — Civ. rej., 24 déc. 1832, S., 33. 1. 138, D., 33. 1. 89.

la filiation naturelle ne serait pas encore établie, l'action en recherche de paternité ou de maternité qu'il avait contre son auteur : ce n'est plus en effet sa naissance qui détermine par elle-même sa filiation, mais le succès d'une action que son exercice seul peut transformer en droit acquis. Jusque-là elle ne constituait qu'une simple faculté, qui, n'ayant pas été exercée, ne l'avait pas encore investi de la qualité qu'elle tendait seulement à lui faire reconnaître (1).

146. La règle qui vient d'être posée ne doit s'entendre que des qualités constitutives de l'état des personnes: elle ne doit pas être étendue aux avantages attachés à cet état. Sans toucher à la qualité, une loi nouvelle non rétroactive pourrait très bien priver celui qui la possède déjà de tout ou partie de ces avantages, si du moins ils n'étaient pas eux-mêmes passés à l'état de droits acquis (2). Spécialement on ne devrait pas considérer comme tel le droit de jouissance légale que des parents auraient déjà exercé sur les biens de leurs enfants, lorsqu'est survenue la loi qui le supprime ou qui le réduit. Consistant en des avantages dont l'exercice est successif, ce droit ne saurait être réputé acquis pour l'avenir, c'est-à-dire précisément dans la mesure où il n'a pas encore pu être exercé (3).

147. III. Lois relatives a la capacité et a la protection des personnes. — Ces lois saisissent immédiatement les individus, soit qu'elles augmentent, soit quelles diminuent leur capacité telle qu'elle était réglée auparavant. Elles peuvent donc avoir pour résultat de rendre immédiatement capable pour l'avenir celui qui était incapable d'après la loi ancienne, ou inversement de rendre incapable celui qui était capable.

On dit d'ordinaire que ces lois sont conçues dans une vue de protection, et que nul ne saurait soutenir qu'il a un droit

(1) Cf. note précédente. — *Contra :* Merlin, *loc. cit.* — Cpr. Grenoble, 5 août 1829, sous Cass., 24 déc. 1832, précité.

(2) Aubry et Rau, I, § 30, p. 114, n. 36 *bis.* — Req. rej., 6 avril 1868, S., 68. 1. 342, D., 69. 1. 301.

(3) Merlin, *loc. cit.*, sect. 3, § 2, art. 8, n. 4, et v° *Usufr. patern.*, § 5, n. 7; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 115 et 116, n. 40; Duranton, I, n. 55; Duvergier sur Toullier, I, p. 55 et 64; Mailher de Chassat, I, p. 245. — Civ. rej., 18 nov. 1806, S., 6. 1. 477. — Req. rej., 11 mai 1819, S., 19. 1. 446, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 238.

acquis à n'être pas protégé, c'est-à-dire à conserver une capacité jugée trop étroite ou trop large. Mieux vaut justifier le principe de la façon suivante. La capacité est une aptitude à avoir des droits et des obligations : or une aptitude qui n'a pas été encore utilisée n'est pas, par elle seule, constitutive d'un droit acquis. Lors, au contraire, qu'elle a été exercée et que l'exercice de cette faculté s'est en quelque sorte matérialisée dans un acte, le sort de celui-ci ne saurait être apprécié, au point de vue de la capacité, d'après les dispositions d'une loi postérieure, car cet acte a fait naître sous ce rapport un droit acquis (1).

148. Nombreuses sont les conséquences de notre principe :

1° Les lois qui avancent ou qui retardent l'époque de la majorité sont immédiatement applicables à tous ceux qui étaient, lors de leur publication, mineurs dans le premier cas et majeurs dans le second. Ainsi, la loi du 20 septembre 1792, qui a fixé la majorité à 21 ans, a rendu immédiatement majeurs tous ceux qui avaient 21 ans révolus et moins de 25 ans, et qui étaient mineurs d'après la plupart des anciennes Coutumes. Inversement elle a fait redevenir mineurs tous ceux qui, ayant 20 ans révolus et moins de 21 ans à cette époque, étaient déclarés majeurs par la coutume de Normandie. Mais cette loi n'a en rien modifié le sort des actes accomplis sous l'empire de la loi ancienne (2).

2° Les lois qui modifient la capacité de la femme mariée et la puissance maritale saisissent même les époux mariés sous l'empire de l'ancienne loi, réserve faite des droits contractuels que confèrent à chacun d'eux leurs conventions matrimoniales (3). Ainsi, dans les pays de droit écrit, les femmes

(1) Aubry et Rau, I, § 30, p. 108, n. 20; Demolombe, I, n. 45; Huc, I, n. 63; Surville, I, n. 62-5°; Fuzier-Herman, art. 2, n. 77 s. — Cpr. Laurent, I, n. 182; de Vareilles-Sommières, n. 52, 53, 70, 98 s. — Cf. Civ. rej., 23 oct. 1895, D., 96. 1. 386.

(2) Aubry et Rau, I, § 30, p. 108, n. 21, et p. 109, n. 23; Demolombe, I, n. 45; Demante, I, n. 9 *bis*, V; Laurent, I, n. 183 et 184; Huc, I, n. 63; Planiol, I, n. 260; Beudant, *Introd.*, n. 129; Maillher de Chassat, I, p. 259 s.; de Fréminville, *De la minorité*, I, n. 5. — Turin, 17 mai 1806, S., 1807. 2. 1047, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 239. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 104.

(3) Aubry et Rau, I, § 30, p. 108, n. 22, et p. 109, n. 25; Demolombe, I, n. 43 et 44; Duvergier sur Toullier, I, p. 55 et 62; Laurent, I, n. 175 s.; Huc, I, n. 65;

mariées pouvaient contracter et ester en justice sans l'autorisation de leur mari. La publication du titre *du mariage*, qui frappe la femme mariée d'une incapacité générale, leur a fait perdre ce droit pour l'avenir [1]. Inversement, les femmes qui, d'après la coutume de Bourgogne, ne pouvaient pas tester sans l'autorisation de leur mari, sont devenues capables de le faire sans cette autorisation, en vertu de l'art. 226 C. civ. [2]. Mais, dans les deux cas, le sort des actes accomplis sous l'empire des lois anciennes n'a été en rien changé par les lois nouvelles.

3° Les lois relatives à la puissance ou à l'autorité dont un individu est investi sur la personne d'un autre ou sur ses biens (puissance paternelle, puissance maritale, autorité tutélaire, etc.), sont immédiatement applicables à toutes les situations de la nature de celles qu'elles régissent [3].

149. Cette règle ne cesse pas d'être vraie même dans le cas où cette puissance et l'incapacité de la personne sur laquelle elle s'exerce résultent d'une décision judiciaire rendue sous l'empire de la loi ancienne. Mais on peut l'entendre alors de diverses façons.

Ainsi, dans l'ancien droit, les prodigues étaient interdits et pourvus d'un curateur : quelle a été sur leur situation l'influence du code civil, qui ne permet plus que de leur nommer un conseil judiciaire? La doctrine a été très hésitante et s'est partagée entre trois systèmes. D'après les uns [4], le prodigue a pu demander aussitôt mainlevée de l'interdiction, mais il a fallu qu'il la demandât, car la loi nouvelle n'a pu avoir pour

Planiol, I, n. 260; Mailher de Chassat, I, p. 217 s. — Chambéry, 19 nov. 1877, S., 78. 2. 5.

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 108, n. 22. — Civ. cass., 7 déc. 1836, S., 37. 1. 416, D., 37. 1. 81.

[2] Duranton, I, n. 53; Proudhon, I, p. 16; Mailher de Chassat, I, p. 219 s.

[3] Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 2, art. 5, 8 et 9; Aubry et Rau, I, § 30, p. 109, n. 24 *bis* et 25; Demolombe, I, n. 43; Duranton, I, n. 55; Duvergier sur Toullier, I, p. 55 et 64; Laurent, I, n. 182 s.; Huc, I, n. 64 et 65; Mailher de Chassat, I, p. 244 s. — Req. rej., 11 mai 1819, S., 19. 1. 446, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 238. — Req. rej., 7 mars 1881, S., 83. 1. 197, D., 83. 1. 348.

[4] Chabot, *Quest. transit.*, v° *Prodigue*, § 1er; Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 2, art. 10, et *Quest.*, *Prodigue*, § 1er; Duvergier sur Toullier, I, p. 66; Laurent, I, n. 191; de Vareilles-Sommières, n. 106.

résultat d'anéantir de plein droit l'effet d'un jugement rendu sous l'empire de l'ancienne, et de faire disparaître avec lui, jusqu'au moment où un conseil judiciaire serait nommé à l'ancien incapable, toutes les mesures de protection prises en sa faveur. D'après d'autres (1), peut-être mieux inspirés, la loi a opéré par elle-même main-levée de l'interdiction : il ne peut, en effet, y avoir d'interdiction pour cause de prodigalité sous un code qui ne l'admet plus; et surtout, pourrait-on ajouter, le fait que l'incapacité résulte immédiatement d'un jugement et médiatement de la loi ne doit pas avoir pour résultat de retarder l'application de la loi nouvelle. Mais le curateur du prodigue n'a pas été transformé de plein droit en conseil judiciaire : dans le silence de la loi sur ce point, il n'est pas permis de supposer qu'elle ait voulu, sans une nouvelle décision du juge, modifier les pouvoirs qu'une décision antérieure avait conférés au protecteur du prodigue. Ces arguments n'ont point arrêté pourtant les partisans du troisième système et la jurisprudence (2), qui ont admis la conversion complète, par le seul fait de la publication du code civil, du jugement d'interdiction en un simple jugement de nomination de conseil judiciaire.

150. IV. Lois relatives a la distinction des biens et aux droits réels. — C'est naturellement d'après les dispositions de la loi actuelle que doit être, en principe, déterminée la nature d'un bien. Toutefois une loi nouvelle doit être sans influence sur le règlement des rapports contractuels déjà nés ou sur l'exécution d'une déclaration de volonté déjà faite avant qu'elle n'ait été mise en vigueur (3). Il ne s'agit en effet ici que d'interpréter la volonté des parties, qui, par hypothèse, n'ont pu se référer à la nouvelle législation. Application de cette règle a été faite aux rentes qui ont été ameublies par l'art. 529 C. civ. (4).

(1) Huc, I, n. 64.

(2) Aubry et Rau, I. § 30, p. 108, n. 24. — Civ. cass., 20 mai 1806, S., 6. 1. 263, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 241. — Civ. rej., 6 juin 1810, S., 10. 1. 338, D., *Rép.*, *eod. loc.* — Montpellier, 1er juill. 1840, S., 40. 2. 314, D., 43. 2. 117.

(3) Cf. Civ. rej., 8 mai 1894, S., 94. 1. 497, note de M. Tissier.

(4) Aubry et Rau, I, § 30, p. 119 et 120, n. 48; Demolombe, I, n. 46; Laurent, I, n. 213; Huc, I, n. 67. — Civ. cass., 27 janv. 1840, S., 40. 1. 260, concl. du min. public, D., 40. 1. 106. — Cpr. Civ. cass., 29 mai 1845, S., 45. 1. 710.

151. Il est également certain qu'une loi nouvelle ne peut porter atteinte à un droit de propriété ou plus généralement à un droit réel déjà existant, sans quoi elle dépouillerait le titulaire d'un droit acquis. Par application de ce principe, il a été jugé que, le code civil n'ayant pas porté atteinte aux droits acquis antérieurement à sa promulgation, il faut, pour constater leur existence et déterminer leur étendue, se reporter à la législation des temps et lieu où le fait qui leur sert de base s'est accompli (1).

152. Mais avec le droit lui-même ne doit pas être confondu ce qui ne constitue que son mode d'exercice ou son mode de conservation. Ces modes sont toujours régis par la loi actuelle, tandis que le droit se détermine d'après la loi sous l'empire de laquelle il est né. Cette distinction, qui n'a pas été faite suffisamment par les auteurs, paraît devoir s'imposer. En effet, sans être empreinte de rétroactivité, une loi ne peut venir détruire un droit déjà entré dans notre patrimoine : l'aptitude que nous avions de l'acquérir s'était réalisée, il y avait droit acquis. Mais comment ce droit devra-t-il être exercé, conformément à la loi sous l'empire de laquelle il a été acquis ou conformément à celle qui est actuellement en vigueur ? Conformément à cette dernière. L'acquisition du droit nous avait, effectivement, ouvert une nouvelle aptitude, celle d'en faire usage. Tout ce qu'exige le principe de la non-rétroactivité, c'est que la loi nouvelle respecte les actes d'usage déjà accomplis et qui sont comme tels constitutifs de droits acquis. Il n'exige pas en outre que l'usage puisse se continuer indéfiniment de la même façon. On peut sans doute avoir avantage à exercer le droit toujours de la même manière : mais cet intérêt ne se transforme en droit acquis que lorsque la faculté d'en user ainsi s'est traduite par un acte d'exercice, et par suite seulement pour le passé, puisque, par nature, cette consolidation est impossible pour l'avenir, les actes d'usage étant nécessairement successifs. La propriété est d'ailleurs un droit tempéré par les règlements (art. 544),

(1) Cf. Civ. cass., 29 juill. 1889, S., 89. 1. 377, et note, D., 90. 1. 109, et note. — Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 129.

et elle échapperait trop à cette subordination indispensable si leurs prescriptions ne s'imposaient qu'aux droits qui ne sont pas encore nés.

Or ce qui est vrai du mode d'exercice du droit l'est également de son mode de conservation. La conservation est en effet un acte successif comme l'usage, en ce sens qu'il se répète et produit ses effets à chaque trait de temps, et même aussi qu'il exige parfois, comme pour les inscriptions hypothécaires, le renouvellement des mêmes formalités. On conçoit donc qu'une loi puisse, sans être empreinte de rétroactivité, changer ces formalités ou en imposer de nouvelles, à la condition toutefois qu'elle laisse aux intéressés un temps suffisant pour s'y soumettre. Ce n'est alors que pour l'avenir et sans toucher à l'existence du droit qu'elle en organise différemment le mode de conservation. Mais elle y porterait atteinte, au contraire, si, faute d'un délai moralement suffisant, les intéressés risquaient d'être hors d'état de se mettre en règle [1].

153. Les propositions qui viennent d'être établies conduisent aux applications suivantes [2] :

1° Les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ou les servitudes légales existant au profit ou à la charge d'un fonds continuent à subsister même après une loi non rétroactive qui ne les admet plus, lorsque du moins l'état de choses constitutif de ces servitudes était déjà établi. Ce sont en effet de véritables droits réels, qui enrichissent ou qui grèvent le fonds, et dont l'existence même est dès lors à l'abri d'un changement de législation [3].

[1] Cf. Aubry et Rau, I, § 30, p. 128; Laurent, I, n. 149, 162 et 217; Huc, I, n. 168; Jousselin, *Rev. crit. de lég.*, 1852, II, p. 180 s.

[2] Cpr., pour d'autres applications, Crim. rej., 29 juill. 1898, S., 1900. 1. 157, D., 1902. 1. 141. — Civ. rej., 13 mars 1899 (motifs), S., 1902. 1. 34. — Req. rej., 23 juill. 1900, S., 1901. 1. 439, D., 1904. 1. 378. — Conseil d'Etat, 7 déc. 1900, S., 1903. 3. 51, D., 1903. 3. 14.

[3] Demolombe, XI, n. 422; Duranton, V, n. 316; Huc, I, n. 71. — Req. rej., 18 fév. 1884, S., 85. 1. 205, et concl. de M. Peliton, D., 84. 1. 187. — Civ. cass., 29 juill. 1889, S., 89. 1. 377, et note, D., 90. 1. 109. — Orléans, 20 déc. 1889, S., 90. 2. 127, D., 90. 5. 327. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 30, p. 116, n. 41, et III, § 238, p. 4 et 5, n. 9 à 11; Toullier, III, n. 559; Laurent, VIII, n. 119. — Caen, 25 fév. 1883, S., 86. 2. 29, D., 84. 2. 215. — Cf. Fuzier-Herman, art. 2, n. 105 s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, 3e éd., 1905, n. 929.

2° Encore faut-il qu'il s'agisse, au fond, de véritables servitudes, et non pas, sous ce titre, du mode d'exercice ou des limitations naturelles du droit de propriété. Car, au contraire, une loi qui, sous prétexte de modifier l'organisation de prétendues servitudes, viendrait réglementer à nouveau l'exercice de ce droit, comme la loi du 20 avril 1881 relative aux distances à observer pour les plantations, serait applicable même aux situations antérieures à sa publication, sauf le respect des actes déjà régulièrement accomplis (1).

3° Enfin les lois qui assujettissent à des formalités nouvelles la conservation d'un droit réel, sont applicables à tous les droits de cette nature déjà existants. Ainsi les créanciers hypothécaires dont le titre serait antérieur à la loi exigeant de nouvelles conditions de publicité, seraient eux-mêmes tenus de s'y soumettre (2).

154. V. Lois relatives aux obligations nées des contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits. — 1° *Lois relatives aux conditions intrinsèques de validité des contrats.* — Les contrats sont régis, en ce qui concerne les conditions de fond requises pour leur validité, par la loi existante à l'époque où ils se sont formés. Un contrat crée en effet des droits acquis dès qu'il est devenu parfait, puisque l'aptitude de le faire ainsi a été exercée, et ces droits ne doivent par suite recevoir aucune atteinte d'une loi nouvelle qui changerait les conditions de validité déterminées par la loi sous l'empire de laquelle il a été fait (3).

(1) Huc, I, n. 69. — Caen, 25 fév. 1883, précité. — Civ. cass., 27 déc. 1897, D., 98. 1. 171. — Cpr. Crim. rej., 29 juill. 1898, S., 1900. 1. 157 et les arrêts cités en note. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, n. 1013.

(2) Merlin, *Rép*, v° *Effet rétroact.*, sect. 3, § 3, art. 3, n. 11; Demolombe, I, n. 60; Laurent, I, n. 218 s.; Huc, I, n. 78; Mailher de Chassat, II, p. 205 s.; Flandin, *De la transcription*, II, n. 1471 s.; Fuzier-Herman, art. 2, n. 70 s — Grenoble, 6 juill. 1882, S., 84. 2. 209, note de M. Labbé, D., 83. 2. 89. — Civ. rej., 20 oct. 1891, S., 91. 1. 505, D., 92. 1. 57, note de M. E. G. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 100, n. 5; Planiol, I, n. 245. — Req. rej., 20 fév. 1894, S., 98. 1. 261, et note, D., 95. 1. 73 et 291, et note.

(3) Aubry et Rau, I, § 30, p. 117 s.; Demolombe, I, n. 54; Laurent, I, n. 204; Huc, I, n. 72; Planiol, *loc. cit.*; Surville, I, n. 62-2°; Fuzier-Herman, art. 2, n. 146 s. — Cf. Grenoble, 6 juill. 1882, précité. — Cpr. Amiens, 16 juin 1899, S., 1901. 2. 63, D., 1900. 2. 159.

155. Ce principe comporte les applications suivantes :

1° Les renonciations anticipées à succession faites par contrat de mariage dans notre ancien droit, qui en admettait la validité, n'ont pas cessé d'être valables sous l'empire du code civil, qui les prohibe (art. 791) (1).

2° Une loi qui limite le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent ne touche en rien aux stipulations faites sous l'empire de la loi qui admettait la liberté de ce taux : la loi du 3 septembre 1807, art. 5, a formellement consacré cette application du principe de non-rétroactivité. Inversement, la loi du 12 janvier 1886, qui a admis la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale, est restée inapplicable aux stipulations faites sous l'empire de la loi de 1807 (2).

Quant à la loi qui réduit le taux de l'intérêt légal, comme c'est le cas pour la loi du 7 avril 1900, elle s'applique dès sa publication, s'il n'est intervenu auparavant, ni convention entre les parties stipulant ce taux, ni jugement ou arrêt de condamnation allouant des intérêts à ce taux. Dans le cas contraire, le taux légal est déterminé par l'ancienne loi, non seulement pour le temps qui a couru depuis la convention ou la décision judiciaire jusqu'à la publication de la nouvelle loi, mais encore pour le temps qui suivi cette publication (3).

3° La loi qui interdit une convention comme contraire à l'ordre public, laisse intactes les conventions qui ont été conclues valablement avant sa publication. Tel est le cas de la loi du 8 décembre 1904, interdisant en France l'assurance en

(1) Laurent, I, n. 204.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Intérêts*, § 6, n. 6; Aubry et Rau, I, § 30, p. 120, n. 49 et 49 *bis*; Duranton, XVII, n. 602; Laurent, I, n. 194; Huc, I, n. 76; Beudant, *Introd.*, n. 129 et 143; Planiol, *loc. cit.*; Surville, I, n. 62-2°; Fuzier-Herman, art. 2, n. 143. — Req. rej., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 939, D., 37. 1. 46. — Besançon, 21 avril 1886, S., 87. 2. 202, D., 86. 2. 268. — Orléans, 12 juin 1886, S., 87. 2. 201, note de M. Lyon-Caen. — Civ. cass., 20 juin 1888, S., 89. 1. 8, D., 89. 1. 26. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 71.

(3) Trib. civ. Seine, 13 juin 1901, S., 1903. 2. 149, D., 1902. 2. 340. Le tribunal a même décidé que la loi du 7 avril 1900 était inapplicable aux demandes en justice formées antérieurement à sa promulgation, quoique non jugées lors de cette promulgation. En sens contraire, cf. E. Schaffhauser, *Lois nouvelles*, 1900, 1re partie, p. 213; R. Demogue, *Rev. tr. de dr. civ.*, 1902, p. 892-893. — Cpr. aussi Req. rej., 25 juin 1902, S., 1904. 1. 189. — Trib. Seine, 3 fév. 1904, S., 1905. 2. 69.

cas de décès reposant sur la tête d'enfants âgés de moins de douze ans [1].

4° Les causes de nullité des contrats doivent être déterminées exclusivement par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été conclus. Ainsi la loi du 12 mars 1900 sur les ventes à tempérament ne s'est pas appliquée aux ventes déjà conclues à l'époque de sa publication [2].

156. 2° *Lois relatives à leurs effets.* — Les effets des contrats sont aussi régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés et sont à l'abri d'un changement de législation. Ces effets dépendent exclusivement de la volonté des contractants, même quand celle-ci ne s'est pas expressément manifestée. La loi n'est ici que supplétive, qu'interprétative de cette volonté, en ce sens que, lorsque les parties n'ont pas complètement déterminé les effets que leur contrat doit produire, elles sont censées s'être référées à la loi sur ce point. A quelle loi? Ce ne peut être évidemment qu'à celle qui existait à l'époque du contrat. C'est donc celle-là qui doit être appliquée, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper d'une loi postérieure qui serait venue régler ces effets d'une manière différente. Les faire régir par cette dernière, ce serait substituer une nouvelle convention à celle que les parties ont entendu faire, et les dépouiller en même temps de droits acquis véritables [3].

157. Il n'y a pas lieu du reste de se préoccuper, selon nous, dans l'application du principe, de la distinction faite

(1) *Lois nouvelles,* 1905, 1re partie, p. 34.

(2) Trib. Saint-Etienne, 31 déc. 1900, D., 1902. 2. 115. — Civ. cass., 14 janv. 1902, S., 1903. 1. 134, D., 1903. 1. 217; 28 juillet 1903, D., 1903. 1. 543. — Pour une autre application de la même idée, cpr. Civ. cass., 7 juin 1901, S., 1902. 1. 513, D., 1902. 1. 105.

(3) Aubry et Rau, I, § 30, p. 117, n. 43 et 44, et p. 118, n. 45 *bis* et 46; Demolombe, I, n. 54; Demante, I, n. 9 *bis*, VIII; Laurent, I, n. 207 et 210; Huc, I, n. 76, 78 et 81; Planiol, I, n. 261; Fuzier-Herman, art. 2, n. 149 s.; de Vareilles-Sommières, n. 62. — Req. rej., 9 mars 1819, S., 19. 1. 303. — Req. rej., 29 mars 1876, D., 76. 1. 493. — Civ. rej., 21 juill. 1885, S., 85. 1. 500, D., 86. 1. 336. — Nancy, 9 mai 1896, S., 98. 2. 281 et note, D., 97. 2. 129, note de M. Capitant. — Req. rej., 13 fév. 1899, S., 99. 1. 244. — Trib. paix Paris (14e arrond.), 30 mai 1901, D., 1901. 2. 465. — Lyon, 10 juill. 1901, D., 1904. 2. 347. — Req. rej., 11 nov. 1901, S., 1902. 1. 358, D., 1903. 1. 213. — Cpr. cep. Trib. paix Paris (18e arrond.), 26 juill. 1901, et Trib. Seine, 12 août 1901, D., 1901. 1. 465.

par beaucoup d'auteurs entre les *effets* et les *suites* des contrats. Par effets, il faudrait entendre les conséquences dérivant nécessairement du contrat; ces effets devraient être régis par la loi ancienne. Les suites seraient des conséquences qui ne se produiraient qu'à l'occasion du contrat et n'auraient pas « une cause inhérente au contrat même »; elles seraient régies par la loi nouvelle. Cette distinction, appliquée de façons tout à fait divergentes par ceux qui l'ont proposée ou adoptée (1), nous paraît n'être pour le moins qu'une inutile complication (2).

158. Les applications de notre principe sont très nombreuses :

1° La veuve ou le survivant de deux époux mariés sous l'empire d'une de nos anciennes coutumes qui lui accordait un douaire ou des gains de survie, a pu réclamer ces droits même sous l'empire du code civil. Cette proposition serait incontestable s'ils avaient été stipulés expressément; or, par cela seul que la coutume en vigueur lors du mariage les consacrait, les époux sont censés les avoir stipulés (3).

2° Les époux mariés, pour n'avoir point fait de contrat, sous le régime de droit commun en vigueur à l'époque de la célébration de leur mariage, n'ont pas à souffrir ou à se prévaloir des modifications qu'une loi ultérieure apporte à ce régime (4). Et, d'une façon plus générale, c'est la loi de l'époque du mariage qui règle, en principe, les conventions pécuniaires des époux.

3° C'est encore la loi sous l'empire de laquelle le droit de

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 3; Huc, I, n. 79 et 80; Blondeau, *Thémis*, 1825, VII, p. 360.

(2) Demolombe, I, n. 57; Laurent, I, n. 207.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 3, n. 1; v° *Gains nuptiaux et de survie*, § 2; *Quest.*, v° *Tiers coutumier*, § 1; Chabot, *Quest. trans.*, v° *Douaire cout.*; Aubry et Rau, I, § 30, p. 118, n. 47; Duvergier sur Toullier, I, p. 77; Laurent, I, n. 212; Huc, I, n. 81; Fuzier-Herman, art. 2, n. 165 s. — Civ. rej., 12 fév. 1817, S., 18. 1. 66. — Cpr. Req. rej., 14 juill. 1863, S., 63. 1. 333, D., 63. 1. 411.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 3, n. 3; Chabot, *Quest. trans.*, v° *Communauté conjugale*; Aubry et Rau, I, § 30, p. 117, n. 45; Demolombe, I, n. 44; Duranton, I, n. 59; Duvergier sur Toullier, I, p. 78; Laurent, I, n. 211 s.; Huc, I, n. 67 et 81; Planiol, I, n. 261; Fuzier-Herman, art. 2, n. 163 s. — Civ. rej. et cass., 27 janvier 1840, S., 40. 1. 257 et 260, D., 40. 1. 105 et 106. — Chambéry, 29 oct. 1888, D., 90. 2. 231. — Chambéry, 1er avril 1896, D., 96. 2. 432.

créance est né, qui détermine et régit les sûretés légales qui le garantissent (1). Ainsi l'hypothèque légale d'une femme, mariée sous l'empire d'une loi qui lui faisait prendre rang à dater du jour du mariage indistinctement pour toutes ses créances, a conservé ce rang même quant aux reprises ou indemnités dues à la femme à raison d'aliénations ou de dettes postérieures à la publication du code, dont l'art. 2135 a posé une règle différente (2).

4° La loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme n'a pas pu avoir pour effet d'empêcher un débiteur qui avait contracté avant la publication de cette loi, d'opposer l'exception de jeu dans les conditions où l'art. 1965 C. civ. lui permettait de s'en prévaloir (3).

5° L'obligation de garantie résultant du partage d'une communauté ou d'une société est régie, en l'absence de stipulations sur ce point, par la loi en vigueur à l'époque où le partage s'est opéré, et non par la loi existant à l'époque où est née la communauté d'intérêts à laquelle il a mis fin. Pour justifier cette solution, il suffit de considérer que le partage est un contrat nouveau, régi par la loi en vigueur au moment où il est formé, sans qu'il y ait lieu de faire intervenir ici la distinction des suites et des effets des contrats et de remarquer que le partage n'en est qu'une suite (4).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 123, n. 55 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 176 s. — Civ. cass., 8 mars 1865, S., 65. 1. 260, D., 65. 1. 128.— Cpr. Bourges, 13 mai 1895, D., 96. 2. 155.

(2) Chabot, *Quest. trans.*, v° *Droits acquis;* Aubry et Rau, I, § 30, p. 123, n. 55 ; Demolombe, I, n. 60; Huc, I, n. 81 ; Troplong, *Des priv. et hyp.*, II, n. 630. — Civ. cass., 26 janvier 1836, S., 36. 1. 99, D., 36. 1. 98. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroact.*, sect. 3, § 3, art 2 ; Grenier, *Des hyp.*, I, n. 239. — Cpr. Aix, 16 déc. 1869, D., 71. 2. 73.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 118, n. 47 *bis;* Huc, I, n. 74; Beudant, *Introd.*, n. 129 et 144; Planiol, I, n. 245 ; de Vareilles-Sommières, n. 72; Coulon, *Comment. de la loi sur les marchés à terme*, p. 29 et 30 ; Thaller, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 299; Lacoste, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 335 s. ; Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Sarrut, *Note*, D., 85. 2. 121. — Req. rej., 18 avril 1887, S., 87. 1. 157, D., 87, 1. 153, rapport de M. Lepelletier.— Req. rej., 12 juillet 1888, S., 91. 1. 71, D., 89. 1. 10. — *Contra* : Génevois, *La nouvelle législ. des marchés à terme*, p. 17 s. — Paris, 6 et 19 juin 1885, S., 86. 2. 1, note de M. Labbé, D., 85. 2. 121, note de M. Sarrut, et les arrêts cités.

(4) Demolombe, I, n. 57. — Cpr. Laurent, I, n. 209; Huc, I, n. 80.

159. 6° Les causes de résolution des contrats sont régies par la loi en vigueur à l'époque où ils se sont formés, car le droit de s'en prévaloir est un effet que la loi attache aux contrats par interprétation de la volonté des parties, et dès lors notre principe lui est applicable. Il est vrai que cet effet est conditionnel, c'est-à-dire subordonné à l'accomplissement de certains faits; mais ce n'en est pas moins, lorsque ceux-ci se sont réalisés, la convention expresse ou tacite des parties qui produit cet effet : il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de l'époque à laquelle la condition dont il dépendait vient à s'accomplir (1).

160. De notre règle découlent les conséquences suivantes (2) :

a. L'art. 1184 C. civ., aux termes duquel la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, ne peut être invoqué à l'occasion de contrats formés à une époque où la loi n'admettait pas le pacte commissoire tacite (3).

b. L'art. 1978 C. civ., qui n'admet pas la résolution du contrat de rente viagère à raison du seul défaut de paiement des arrérages, n'est pas applicable aux contrats de constitution passés, avant le code civil, sous l'empire d'une législation qui consacrait cette cause de résolution. Cette déduction a été contestée par la jurisprudence (4). Mais elle se justifie complètement, selon nous, par une double considération. D'une part, il s'agit d'un effet du contrat, sur lequel le crédirentier a dû légitimement compter comme sur un droit acquis que lui conférait celui-ci. D'autre part, rien n'aurait pu le dépouiller de ce droit, s'il l'avait expressément stipulé : la stipulation tacite, qui résulte de la loi même, doit avoir le même résultat (5).

(1) Aubry et Rau, I, § 30, p. 121, n. 50; Demolombe, I, n. 54; Laurent, I, n. 223; Huc, I, n. 75; Fuzier-Herman, art. 2, n. 152 s. — Pour les causes de nullité, cf. *supra*, n. 155-4°.

(2) Cf. aussi Paris, 29 avril 1898, D., 98. 2. 381.

(3) Aubry et Rau, I, § 30, p. 122, n. 52; de Vareilles-Sommières, n. 62. — Req. rej., 4 mars 1828, S., 28. 1. 278, D., 28. 1. 161.

(4) Civ. cass., 17 juill. 1824, S., 24. 1. 401, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 274. — Bordeaux, 19 août 1829, S., 30. 2. 6, D., 30. 2. 46.

(5) Chabot, *Quest. trans.*, v° *Rentes viagères*, § 1 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 121,

c. De même, l'art. 1912 C. civ., qui autorise le crédirentier à demander la résolution du contrat de rente perpétuelle pour défaut de paiement des arrérages pendant deux années, est resté inapplicable aux contrats faits à une époque où cette cause de résolution n'était pas admise. Sur ce point encore, la jurisprudence, appuyée par une partie de la doctrine, est en sens contraire [1]. Mais vainement prétend-elle que l'art. 1912 édicte une pénalité, qui doit être encourue par cela seul que le défaut de paiement s'est produit sous l'empire du code civil : cette résolution constitue si peu une pénalité qu'elle pourrait être écartée expressément par les parties. Or elles n'ont pas eu à l'écarter sous l'empire d'une législation qui ne leur permettait même pas d'y songer. L'application d'une disposition qui était inconnue d'elles au moment où elles traitaient, altèrerait gravement leurs rapports, contrairement à leur attente [2].

d. La loi du 27 décembre 1890, qui a modifié l'art. 1780 C. civ. et reconnu, en matière de louage de services, à la partie qui souffre de l'inexécution d'un contrat dont la durée était indéterminée, un droit à indemnité auquel il ne lui est pas permis de renoncer à l'avance, ne s'applique pas aux contrats antérieurs à sa mise en vigueur qui interdisaient à celui qui avait reçu congé toute réclamation de cette nature [3].

n. 51 ; Demolombe, I, n. 55 ; Laurent, I, n. 224 ; de Vareilles-Sommières, n. 62 ; Mailher de Chassat, II, p. 228 s. — Bordeaux, 15 déc. 1812, S., 13. 2. 213, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 274.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Rentes constit.*, § 12, n. 3 ; Demante, I, n. 9 *bis*, VIII ; Toullier, VI, n. 250 ; Delvincourt, III, p. 201, note 5 ; Troplong, *Des rentes constit.*, n. 485. — Civ. rej., 25 nov. 1839, S., 40. 1. 252, D., 40. 1. 27.

[2] Chabot, *Quest. trans.*, v° *Rentes constit.*, § 1 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 122, n. 53 ; Demolombe, I, n. 55 ; Duranton, XVII, n. 615 et 616 ; Laurent, I, n. 226 ; Valette sur Proudhon, I, p. 64 ; Marcadé, I, art. 2-XII, n. 55 ; Huc, I, n. 75 ; de Vareilles-Sommières, n. 62. — Trib. Vannes, sous Rennes, 23 août 1879, S., 80. 2. 198, D., 81. 2. 158.

[3] Trib. com. Seine, 15 mai 1891, S., 92. 2. 123, D., 91. 3. 86. — Orléans, 15 mars 1893, S., 93. 2. 207, D., 93. 2. 467, note de M. Planiol. — Cpr. Req. rej., 20 mars 1893, S., 93. 1. 232, D., 93. 1. 434. — Cpr. cep. Civ. rej., 22 juillet 1902, S., 1904. 1. 27, D., 1904. 1. 299. — Lyon, 8 mai 1903, S., 1905. 2. 241, D., 1904. 2. 422. — Cette loi s'applique-t elle pour l'avenir aux engagements qui résultaient, dès avant sa publication, d'un louage sans détermination de durée et qui, révocables en tout temps par la volonté d'une partie, se sont continués sous l'empire de cette loi? Cf. sur cette question les décisions et la note précitées.

161. Les principes qui viennent d'être posés en ce qui concerne les contrats, sont également applicables aux obligations dérivant de quasi-contrats, délits ou quasi-délits, et aux obligations légales (1).

162. VI. Lois relatives aux successions et aux dispositions a titre gratuit. — Très nombreuses sont les difficultés que soulève l'application de l'art. 2 à la matière.

Et d'abord la capacité de laisser ou de recueillir une succession *ab intestat,* de faire ou de recevoir une donation entre-vifs ou de bénéficier d'un legs, est régie par la loi en vigueur au jour de l'ouverture de la succession pour la première, au jour où la donation est devenue parfaite pour la seconde, et à celui du décès du testateur pour la dernière. Jusque-là il n'y a eu de droit acquis pour personne, parce qu'aucune aptitude légale ne s'est encore réalisée ; la faculté reconnue par une loi peut donc être retirée sans rétroactivité par une autre (2).

La proposition précédente est vraie, en ce qui touche la capacité du légataire, même lorsque le legs est conditionnel : quoique ce legs puisse devenir caduc par le décès du légataire avant l'accomplissement de la condition (art. 1040 C. civ.), il n'en constitue pas moins un droit acquis *hoc sensu* (3).

163. Au contraire, en ce qui concerne la capacité du testateur, par application de la règle qui veut qu'elle existe à la fois au jour de la confection du testament et au jour de sa mort, il faut qu'il soit capable d'après la loi en vigueur à la date où il a testé et, de plus, d'après celle qui existait

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroac*, sect. 3, § 3, 4 et 11 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 117, n. 44 ; Demolombe, I, n. 58. — Cpr. Civ. rej., 17 fév. 1896, D., 96. 1. 128. — Douai, 8 juill. 1896, D., 98. 2. 481, note de M. Pic. — Conseil d'Etat, 24 mars 1899, S., 1901. 3. 101, D., 1901. 3. 1. — Les lois d'amnistie réservent toujours les droits de la partie civile et, d'une manière générale, les droits des tiers. Cpr. sur l'interprétation, sous ce rapport, de la loi d'amnistie du 27 déc. 1900, Paris, 20 fév. 1902, D., 1902. 2. 345.

(2) Chabot, *Quest. trans.*, v° *Donations*, § 3 ; Demolombe, I, n. 49 et 51 ; Duranton, I, n. 56 et 63 ; Laurent, I, n. 236 ; Huc, I, n. 84 ; Planiol, I, n. 247 ; Surville, I, 62-6o ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 112 s., n. 118 s. — Cf. cep. Req. rej., 27 nov. 1848, S., 49. 1. 12, et note, D., 48. 1. 225 et note.

(3) Demolombe, I, n. 49 ; Demante, I, n. 9 *bis*, X. — *Contra :* Toullier, V, n. 91 s. — Chambéry, 8 juill. 1864, S., 64. 2. 298.

lorsqu'il est décédé. Jusqu'à cette dernière date, le testament n'était, en effet, même au regard de son auteur, qu'un simple projet, qu'une loi nouvelle a pu venir réduire à néant, en retirant à cet auteur la capacité qui lui appartenait jusque-là. Encore faut-il que ce projet ait été régulièrement formé par le testateur au jour où il le faisait : il ne suffirait donc pas, pour que son testament fût valable, qu'il fût capable d'après la loi en vigueur au jour de sa mort, s'il était incapable au jour de sa rédaction ; la loi nouvelle n'a pu valider un acte nul *ab initio* (1).

164. Quant à la vocation héréditaire, elle est déterminée par la loi en vigueur au jour de l'ouverture de la succession. Ce n'est en effet jusque-là qu'une aptitude, qui permet au successible de se dire habile à recueillir l'hérédité : elle ne se transforme en droit acquis que par le décès du *de cujus*.

Si donc une loi nouvelle change la dévolution des successions, elle s'applique à toutes les hérédités non encore ouvertes à l'époque où elle devient obligatoire (2).

165. La validité quant au fond et au point de vue des conditions intrinsèques, d'une disposition à titre gratuit, s'apprécie différemment, suivant que le titre qui la contient est révocable ou irrévocable. S'il est irrévocable, elle s'apprécie d'après la loi en vigueur au jour où la libéralité est devenue parfaite : c'est le cas pour la donation entre vifs, et aussi pour l'institution contractuelle, en dépit de ses autres caractères (3). Si le titre est révocable, cette validité doit s'appré-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, sect. 1, § 6, n. 1 et 2 ; Chabot, *Quest. trans.*, v° *Test.*, § 4 ; Demolombe, I, n. 49 ; Duranton, I, n. 62 ; Laurent, I, n. 238 ; Huc, I, n. 85 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 117.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 6, n. 1 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 115, n. 39 *bis* ; Demolombe, I, n. 47 ; Demante, I, n. 9 *bis*, X ; Duvergier sur Toullier, I, p. 55 ; Laurent, I, n. 235, 237, 239-241 ; Huc, I, n. 84 ; Planiol, I, n. 247 et 250 ; Surville, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 107. — Req. rej., 6 avril 1868, S., 68. 1. 342, D., 69. 1. 301. — Rouen, 11 fév. 1892, S., 92. 2. 164, D., 93. 2. 169. — Trib. Boulogne-sur-Mer, 31 mars 1892, S., 92. 2. 222, D., 92. 2. 232. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 69, et n. 73 s.

(3) Aubry et Rau, I, § 30, p. 123 et 124, n. 57 ; Demolombe, I, n. 51 et 53 ; Demante, I, n. 9 *bis*, X ; Laurent, I, n. 235 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 124 s. — Civ. rej., 11 nov. 1828, S., 29. 1. 63, D., 29. 1. 7. — Cpr. Civ. rej., 5 déc. 1815, S., 16. 1. 73.

cier, au contraire, d'après la loi en vigueur au jour du décès du disposant, parce que c'est ce décès seul qui rend la disposition définitive et qui confère un droit véritable au gratifié. Cette dernière règle, à laquelle sont évidemment soumises les dispositions testamentaires, a été appliquée avec raison aux substitutions qui étaient l'œuvre de testateurs décédés après la publication du code civil, quoique leur testament fût antérieur à celle-ci; c'est pourquoi elles ont été annulées (art. 896) (1).

166. Il reste à rechercher par quelles lois sont régies l'obligation du rapport à succession et la fixation de la quotité disponible.

L'obligation pour un cohéritier de rapporter à la masse de la succession à laquelle il est appelé les biens qui lui ont été donnés entre vifs par le *de cujus,* ne lui est imposée par notre loi actuelle qu'à défaut de dispense de la part du disposant, tandis que les legs qui lui ont été faits sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire. C'est donc toujours la volonté du *de cujus,* présumée ou déclarée, qui doit être obéie. Cette remarque permet de déterminer la règle applicable au rapport, lorsque la législation sur ce point n'est pas la même au jour de l'acte de disposition et au jour de l'ouverture de l'hérédité. Avant tout, l'intention du disposant doit être suivie lorsqu'il l'a manifestée; la loi, par hypothèse, n'est en effet que déclarative de sa volonté. S'il ne l'a pas indiquée, on doit appliquer la loi à laquelle il doit être censé s'être référé pour régler les effets de sa libéralité. Or cette loi est, s'il s'agit d'une donation entre vifs, la loi en vigueur au jour où elle est devenue parfaite, et celle qui existe lors du décès s'il s'agit d'une disposition testamentaire, car ce n'est que de ce jour que cette disposition produit son effet.

Application a pu être faite de cette dernière règle depuis la loi du 24 mars 1898, modificative de l'art. 843 C. civ., qui, continuant à soumettre en principe les donations entre vifs à

(1) Chabot, *Quest. trans.,* v° *Substit.,* § 2; Aubry et Rau, I, § 30, p. 124, n. 56; Demolombe, I, n. 49; Demante, I, n. 9 *bis,* XI; Fuzier-Herman, art. 2, n. 125 s. — Nîmes, 11 août 1812, S., 14. 2. 85, D., *Rép.,* v° *Substit.,* n. 149.

l'obligation du rapport, en dispense elle-même les legs, à moins que le testateur n'ait au contraire déclaré les y assujettir.

On ne devrait s'écarter de ces règles, et obéir dans tous les cas aux prescriptions de la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession, que si les prescriptions en étaient absolument impératives et devaient comme telles prévaloir sur la volonté du disposant. Cette loi ferait alors de l'obligation du rapport une condition même de l'aptitude à succéder, à laquelle tous les héritiers, quels qu'ils fussent, seraient nécessairement soumis (1).

167. Pour la fixation du montant de la réserve et de la quotité disponible, il faut, à notre avis, appliquer la loi existante lors du décès du disposant. En effet, toute donation, entre vifs ou testamentaire, est censée faite sous cette condition résolutoire implicite, car elle dérive de la loi, qu'elle n'entamera pas la réserve. Or la réserve est un droit de succession, et on ne peut, par suite, en déterminer le quantum que d'après les éléments, de fait ou de droit, existant lors de l'ouverture de l'hérédité du disposant, par conséquent, ce qui nous occupe seulement ici, d'après la loi en vigueur à cette époque.

168. Cette solution n'est pas contestable relativement aux legs, qui, à quelque époque qu'ils aient été faits, sont toujours censés avoir pour date le jour du décès du testateur et ne confèrent qu'à cette date un droit acquis aux légataires : comment donc se plaindraient-ils de ce que leurs legs ne fussent exécutés que dans les limites autorisées par la loi alors en vigueur? (2).

(1) Chabot, *Quest. transit.*, v° *Rapport à succ.*, § 1, n. 2 et 3, et § 3; Aubry et Rau, I, § 30, p. 124 s., n. 58-61; Demolombe, I, n. 48; Laurent, I, n. 243; Mailher de Chassat, I, p. 338 s. — Req. rej., 23 avril 1839, S., 39. 1. 587, D., 39. 1. 204. — Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Rapp. à succ.*, § 2, art. 4, n. 2 et 3; Toullier, IV, n. 454, et Duvergier sur Toullier, I, p. 82 s.; Grenier, *Donat.*, II, n. 534; Fuzier-Herman, art. 2, n. 108 s. — Civ. cass., 16 mars 1880, S., 82. 1. 174, D., 80. 1. 201.

(2) Chabot, *Quest. trans.*, v° *Réduction des dispos. à titre gratuit*, § 1, n. 5; Aubry et Rau, I, § 30, p. 126 et 127, n. 63; Demolombe, I, n. 49; Duranton, I, n. 58; Laurent, I, n. 244; Fuzier-Herman, art. 2, n. 129 s.; de Vareilles-Sommières, n. 78. — Req. rej., 28 germinal an XI, S., an XI. 2. 447, D., *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 649. — Req. rej., 23 mai 1822, S., 23. 1. 240, D., *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 642. — Poitiers, 22 fév. 1904, S., 1904. 2. 193.

169. Notre solution n'est guère contestée non plus, en ce qui concerne les donations entre vifs, lorsqu'une loi nouvelle augmente la quotité disponible et réduit ou détruit complètement la réserve [1]. La réserve, étant un droit de succession, n'est acquise aux héritiers réservataires qu'au jour de l'ouverture de celle-ci, et seulement dans les limites fixées par la loi applicable à cette époque; la réserve, telle qu'elle était fixée par la loi ancienne, n'était qu'une espérance, une expectative, qu'une loi nouvelle a pu réduire à néant.

170. Mais, au contraire, la grande majorité de la doctrine, étayée d'une jurisprudence à peu près constante, soutient que, lorsque la loi en vigueur à l'ouverture de la succession a augmenté la réserve et diminué la quotité disponible, telles qu'elles étaient fixées lors de la disposition, les donations entre vifs échappent à cette loi et ne peuvent pas être réduites, du moment qu'elles n'entament pas la réserve déterminée par la loi de l'époque où elles ont été faites. C'est, en d'autres termes, à cette dernière loi qu'il faudrait alors se référer, et non à la loi en vigueur lors du décès du disposant. La donation entre vifs, dit-on, est irrévocable; elle confère immédiatement un droit au donataire, et permettre qu'une donation soit réduite en vertu d'une loi qui n'existait pas à l'époque où elle a été faite, c'est violer le principe de non-rétroactivité. Il est vrai, ajoute-t-on, que toute donation est faite sous cette condition résolutoire qu'elle n'entamera pas la réserve; mais quelle réserve? Evidemment celle établie par la loi en vigueur lors de la donation : ce n'est qu'à cette loi que les parties contractantes ont pu se référer, et non à une loi postérieure qu'elles ne pouvaient pas connaître, ni même peut-être soupçonner.

Ce dernier argument aurait de la valeur, si la condition résolutoire à laquelle la donation est subordonnée dépendait de la volonté des parties. Mais elle dépend exclusivement de

[1] Aubry et Rau, I, § 30, p. 126, n. 62; Demolombe, I, n. 51; Laurent, I, n. 248 et 249; Fuzier-Herman, art. 2, n. 142; de Vareilles-Sommières, n. 79. — Montpellier, 21 janv. 1851, S., 52. 2. 486, D., 51. 2. 204. — Civ. cass., 2 août 1853, S., 53. 1. 728, D., 53. 1. 300. — Bastia, 22 mai 1854, S., 54. 2. 389, D., 55. 2. 10. — Cpr. cep. Civ. cass., 16 avril 1862, S., 62. 1. 970, D., 62. 1. 275.

la loi, qui peut la modifier à son gré et rendre ainsi réductible, en augmentant le taux de la réserve, une donation qui ne l'aurait pas été d'après la législation antérieure. — Pourtant, a-t-on objecté, qui voudrait soutenir que la réductibilité d'une donation doit être appréciée d'après la loi en vigueur lors du décès du donateur, dans le cas même où cette loi serait venue instituer une réserve au profit de certains héritiers, alors qu'il n'en existait aucune jusque-là? Evidemment fausse pour ce cas, cette théorie est également insoutenable dans celui où la loi nouvelle n'a fait qu'accroître le montant d'une réserve déjà existante, car la solution doit être la même pour les deux hypothèses. — L'objection n'est que spécieuse. Certes, une loi qui créerait un droit de réserve dans un pays qui ne l'admettait pas, resterait sans influence sur les donations entre vifs antérieures; mais pourquoi? Parce que celles-ci étaient pleinement irrévocables d'après la loi existante au jour de leur perfection, et que le sort n'en était subordonné par celle-ci à aucune condition résolutoire quelconque. Or il en est tout différemment dans notre hypothèse où il s'agit, au contraire, de déterminer les effets d'une condition résolutoire légale, résultant de ce qu'il n'était permis au donateur de disposer que dans les limites de la quotité disponible, et de ce que la donation ne devrait être valable que tout autant qu'elle n'entamerait pas la réserve. Et dès lors les effets de cette condition légale doivent être appréciés d'après la loi existant au jour où s'ouvre le droit à la réserve pour les héritiers, car ce n'est qu'à cette époque, en fait et en droit, que la condition s'est nettement précisée. Le donateur a, sans doute, utilisé l'aptitude légale qu'il avait de faire une libéralité entre vifs; mais il ne dépendait pas de lui de la faire irréductible, puisque le sort de celle-ci était subordonné à la qualité et au nombre des héritiers du disposant, à la consistance de sa fortune, au montant de la réserve. La loi qui vient étendre celle-ci n'enlève donc ni au donateur, ni pour les mêmes raisons au donataire, le résultat d'une faculté légale par eux exercée [1].

[1] Laurent, I, n. 245-249. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 6, n. 5, et v° *Réserve*, sect. 3, § 3, et sect. 6, n. 8; Chabot, *Quest. trans.*, v° *Réduction des disp. à titre grat.*, § 2 et 3; Aubry et Rau, I, § 30, p. 127,

171. VII. Lois relatives a la prescription. — La loi ancienne régit toutes les prescriptions, acquisitives ou extinctives, déjà accomplies lorsque la loi nouvelle est devenue obligatoire, et celles-ci toutes les prescriptions qui étaient en cours à la même époque. La prescription n'est en effet constitutive d'un droit acquis que lorsqu'elle est accomplie : jusque-là ce n'est qu'une simple espérance ou expectative, qui n'est pas à l'abri d'un changement de législation. Le possesseur n'a exercé la faculté de devenir par sa possession propriétaire, et le débiteur celle de se libérer de sa dette par le temps, que tout autant que le délai fixé pour la prescription est entièrement expiré : jusque-là une loi nouvelle peut donc, sans être empreinte de rétroactivité, modifier les conditions d'exercice de cette faculté [1].

L'art. 691 C. civ. a purement et simplement consacré ces principes, tandis que l'art. 2281, qui les a appliqués en partie, a posé pour le surplus une règle qui, par des motifs de faveur, s'en écarte.

172. VIII. Lois relatives a la forme des actes. — La validité d'un acte quant à la forme doit s'apprécier d'après la loi en vigueur à l'époque où il a été fait. *Tempus regit actum.* Les parties n'ont pu et dû suivre que les prescriptions de la loi qui était en vigueur lorsqu'elles l'ont fait, et dès lors elles ont un droit acquis à ce qu'il soit maintenu quand il est, par ses conditions extrinsèques, conforme à cette loi. Elles ont usé de la faculté légale qui leur était accordée de le faire ainsi : une loi nouvelle ne peut leur en ravir le résultat. Mais, si cet acte est nul en la forme d'après la loi existante à l'époque où il a été passé, il restera tel, même sous l'empire d'une loi

n. 64 ; Demolombe, I, n. 51 et 52 ; Duranton, I, n. 56 et 57 ; Toullier, V, n. 119, et Duvergier sur Toullier, I, p. 83 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 129 s. ; de Vareilles-Sommières, n. 78. — Civ. rej., 31 janv. 1832, S., 32. 1. 219, D., *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 2053. — Civ. cass., 16 avril 1862, S., 62. 1. 970, D., 62. 1. 276.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Prescrip.*, sect. 1, § 3, n. 8 s. ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 116, n. 42 ; Demolombe, I, n. 61-63 ; Demante, I, n. 9 *bis*, IX ; Laurent, I, n. 232-234 ; Huc, I, n. 86 et 87 ; Surville, I, n. 62-6° ; Troplong, *De la prescrip.*, II, n. 1075 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 179 s. — Cpr. Duranton, I, n. 69 ; Duvergier sur Toullier, I, p. 87 et 88 ; Planiol, I, n. 248 ; de Vareilles-Sommières, n. 80 s. — Cpr. aussi Trib. de La-Pointe à-Pître, sous Req. rej., 18 juill. 1900, D., 1903. 1. 481.

postérieure aux prescriptions de laquelle il se trouverait satisfaire (1).

173. Ces principes s'appliquent aussi bien aux testaments qu'aux conventions. Un testament fait dans la forme prescrite par la loi en vigueur lors de sa confection, resterait valable, alors même que son auteur ne décèderait qu'après la publication d'une loi qui aurait modifié ou supprimé cette forme. Cette solution est pourtant repoussée par certains auteurs, sur ce fondement que le testament ne confère de droit acquis à personne tant que le testateur est vivant, et que, ne devant produire ses effets qu'à la mort de celui-ci, il doit obéir aux conditions de forme requises par la loi à cette époque. Cette argumentation est facile à réfuter. D'une part, le testateur a évidemment autant de droit acquis que deux contractants à ce que l'expression de sa volonté n'ait pas à souffrir des variations de la législation qui régit les formes de l'acte qu'il a accompli : il a usé d'une faculté légale dont le résultat ne peut plus lui être enlevé. D'autre part, il importe peu, pour l'application de la règle « *tempus regit actum* », que l'acte ne doive produire ses effets que plus tard : ces effets peuvent bien, ainsi qu'on l'a vu, être régis par une loi nouvelle, mais cela est de nulle considération quand il s'agit d'apprécier la validité de l'acte en la forme. — Mais, a-t-on objecté, le législateur, qui aurait pu supprimer la faculté même de tester, a bien pu supprimer une simple forme de testament, même pour le passé. Sans doute, il l'aurait pu, mais la question est de savoir s'il l'a, alors qu'il a gardé le silence, réellement voulu, et cette volonté est d'autant plus douteuse que l'application de la loi nouvelle exposerait certains testateurs à mourir intestats (2).

(1) Aubry et Rau, I, § 30, p. 101-102, n. 8; Demolombe, I, n. 50; Laurent, I, n. 201; Huc, I, n. 72; Planiol, I, n. 245; Surville, I, n. 62-1°; de Vareilles-Sommières, n. 57 s.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Testament*, § 12; Chabot, *Quest. transit.*, v° *Testament*, § 1; Aubry et Rau, I, § 30, p. 101, n. 7; Demolombe, I, n. 49; Duranton, I, n. 67 et 68, et IX, n. 16; Toullier, V, n. 382; Laurent, I, n. 202 et 203; Planiol, I, n. 247; de Vareilles-Sommières, n. 61; Fuzier-Herman, art. 2, n. 6. — Req. rej., 3 janv. 1810, S., 10. 1. 184. — *Contra* : Huc, I, n. 73. — Cpr. Chambéry, 17 juin 1865, S., 65. 2. 349.

174. IX. Lois relatives a la preuve des actes. — Les modes de preuves sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où le fait juridique qu'il s'agit de prouver s'est accompli; et la force probante de l'acte instrumentaire est déterminée par la loi en vigueur au moment où il a été dressé. Ce serait, en effet, enlever aux parties un droit acquis que de les priver d'un moyen de preuve sur lequel elles ont pu et dû compter, sur la foi même de la loi à laquelle elles étaient soumises au moment de l'acte, pour leur appliquer une loi postérieure, qu'elles n'ont pu ni dû prévoir (1).

On a déduit de là, en sens inverse, qu'on modifierait la situation des parties, au mépris de leurs droits acquis, en admettant l'une d'elles à invoquer un mode de preuve autorisé par une nouvelle loi (2). Mais cette solution nous paraît très douteuse. On se demande en effet quelle faculté les parties auraient bien pu exercer, d'où serait né pour elles un droit acquis à empêcher d'établir l'existence du fait litigieux par les moyens nouveaux qui sont venus s'ajouter à ceux qui existaient déjà d'aider à la manifestation de la vérité. Tout au plus avaient-elles pu se flatter de profiter, à l'occasion, de l'insuffisance des moyens de preuve actuels. Mais il est trop évident que des espérances de cette nature n'avaient droit à aucun respect.

175. X. Lois relatives a l'organisation judiciaire, a la compétence, a la procédure et aux voies d'exécution. — En principe, toutes ces lois sont immédiatement applicables, même aux contestations qui ont pour objet des faits antérieurs à leur

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n. 4; Aubry et Rau, I, § 30, p. 127, n. 65, et p. 128; Demolombe, I, n. 54; Toullier, IX, n. 23, 89 et 100; Duranton, I, n. 66; Laurent, I, n. 230; Huc, I, n. 82; Planiol, I, n. 245; Surville, I, n. 62-1°; Fuzier-Herman, art. 2, n. 159 s. — Req. rej., 23 mai 1832, S., 32. 1. 600, D., 33. 1. 399. — Chambéry, 7 fév. 1885, S., 86. 2. 217, note de M. Chavegrin, D., 85. 2. 241. — Civ. rej., 26 juin 1889, S., 93. 1. 525, D., 91. 1. 129. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 84 s.

(2) Cf. les autorités citées à la note précédente. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 30, p. 128, n. 66; de Vareilles-Sommières, n. 86. — Cpr. sur la rétroactivité des lois relatives à la force probante des actes instrumentaires en matière pénale, J. Magnol, *De la force probante des procès-verbaux des agents des contributions indirectes et des octrois* (extrait du *Journal des Parquets*), Paris, 1904, n. 37, et les autorités citées.

publication. On ne peut pas dire, effectivement, que les parties aient un droit acquis à l'application de la loi ancienne, même avant qu'elles aient saisi une juridiction de leur litige ; tout au plus ont-elles pu concevoir à cet égard une simple espérance, qu'une loi nouvelle leur ravit. Tout ce qu'exige la non-rétroactivité de la loi, c'est qu'elle respecte les actes qu'elles ont déjà pu faire en usant des facultés légales qui leur étaient reconnues. Particulièrement pour les voies d'exécution, il est naturel que la puissance publique ne mette la force dont elle dispose au service des particuliers que dans les conditions prescrites par la loi de l'époque où son concours est réclamé. On comprend que ces conditions sont réglées par la loi d'après des considérations sociales de l'ordre le plus élevé, qui priment absolument les intérêts individuels et ne laissent aucune place, pas plus dans le passé que dans l'avenir, à l'exécution de la volonté des particuliers.

176. De notre principe, bien entendu, résultent les propositions suivantes :

1° Les lois sur l'organisation judiciaire ou la compétence [1] sont applicables même aux contestations qui portent sur des faits antérieurs à leur publication, à moins que l'instance ne soit déjà pendante devant l'ancienne juridiction dont la compétence seule est modifiée, auquel cas les parties ont droit acquis à ce que cette instance suive son cours. Saisie par elles, conformément à la loi qui leur en donnait le droit, cette juridiction doit rester saisie, dès l'instant qu'elle n'est point supprimée [2].

[1] Il n'y a pas à distinguer entre les diverses sortes de compétence. Cependant, les lois qui modifient la compétence *ratione loci* laissent intactes les conventions qui ont attribué, avant leur promulgation, compétence à un tribunal déterminé, par voie d'élection de domicile ou autrement. Cpr. loi du 2 janvier 1902, art. 2.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Compétence*, § 3, et v° *Effet rétroact.*, sect. 3, § 7, n. 3 ; Aubry et Rau, I, § 30, p. 105, n. 14, 15 et 16 *bis* ; Demolombe, I, n. 59 ; Planiol, I, n. 248 ; Surville, I, n. 64 ; Mailher de Chassat, *op. cit.*, II, p. 244 s. ; Garsonnet, *Traité de procéd. civ.*, I, § 148, p. 635 ; Bertauld, *Cours de code pénal*, 4e éd., 1873, p. 179 s. ; Bazot, *Rev. crit.*, 1872-73, II, p. 513 s. — Crim. rej., 10 mai 1822, S., 22. 1. 286, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 350. — Crim. cass., 12 sept. et 27 déc. 1856, S., 57. 1. 76, D., 56. 1. 417. — Trib. Perpignan, 20 fév. 1895, S., 95. 2. 220, D., 96. 2. 185, note de M. Glasson. — Cpr. Demante, I, n. 9 *bis*, IV ; Huc, I, n. 83 ; Beudant, *Introd.*, n. 140 ; Fuzier-Herman, art. 2, n. 33 s. ; de Vareilles-Sommières,

Mais beaucoup d'autres opinions ont été émises. Dans une première, la loi nouvelle de compétence gouverne les procès déjà nés eux-mêmes, lorsqu'il n'est pas encore intervenu, lors de la publication de celle-ci, un jugement définitif en dernier ressort (1).

Dans un second système, qui semble l'emporter en jurisprudence, il suffit, mais il faut, que le procès ait été l'objet d'un jugement définitif, bien que celui-ci soit en premier ressort, pour que la loi nouvelle n'ait pas de prise sur la contestation (2).

Enfin, d'après un dernier système, si la loi nouvelle régit les instances simplement engagées, elle reste sans influence sur les causes qui, lors de sa publication, sont déjà en état, sans qu'il soit nécessaire par conséquent qu'elles soient terminées à ce moment par un jugement définitif (3).

Toutes ces solutions divergentes ont à nos yeux un défaut commun : elles nient que le demandeur ait un droit acquis à ce que la juridiction devant laquelle l'instance a été réguliè-

n. 88 s.; Pascaud, *Rev. prat.*, 1881, L, p. 209. — Civ. cass., 23 mars 1868, S., 68. 1. 228, D., 68. 1. 254. — Besançon, 11 mars 1895, et Riom, 17 juill. 1896, S., 98. 2. 297 et note, D., 99. 2. 465, note de M. Boistel. — Anvers, 9 nov. 1901, *J. Clunet*, 1903, p. 167. — Grenoble, 12 août 1902, S., 1904. 2. 206, D., 1904. 2. 77. — Cf. Décret du 25 fév. 1852, art. 2.

(1) Trébutien, *Cours de dr. crimin.*, 1re éd., p. 85; Blanche, *Et. prat. sur le code pénal*, I, n. 88, p. 61; Le Sellyer, *Compét. et organ. des trib.*, I, n. 605. — Crim. cass., 16 avril 1831, S., 31. 1. 304, D., 31. 1. 191. — Trib. Beauvais, 24 déc. 1896, S., 97. 2. 120.

(2) Morin, *Rép. du dr. crimin.*, vo *Effet rétroact.*, n. 14; Mangin, *De l'instruction écrite*, II, n. 179; Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, I, n. 34; Villey, *Précis de dr. crimin.*, p. 65; Garraud, *Précis de dr. crimin.*, n. 168 et 169. — Crim. cass., 7 juil. 1871, S., 71. 1. 85, et rapp. de M. Saint-Luc-Courborieu, D., 71. 1. 263. — Riom, 27 déc. 1881, S., 82. 2. 87, D., 83. 2. 191. — Crim. rej., 18 fév. 1882 (2 arrêts), S., 82. 1. 185, rapp. de MM. Dupré-Lasale, concl. de M. Bertauld et note, D., 82. 1. 135 et rapp. de M. Bertrand. — Req. rej., 25 nov. 1895, S., 99. 1. 502, D., 96. 1. 37. — Cpr. en sens divers, quant aux conséquences de la promulgation de la loi du 12 janv. 1895 sur la saisie-arrêt des traitements et salaires des ouvriers et employés, Trib. Perpignan, 20 fév. 1895, précité. — Trib. Lyon, 20 déc. 1895, S., 96. 2. 52, D., 96. 2. 289, note de M. Appleton. — Trib. Seine, 9 juin 1896, S., 97. 2. 119. — Trib. Seine, 23 mars 1897, S., 98. 2. 181, D., 97. 2. 353. — Trib. Narbonne, 1er avril 1897, S., 98. 2. 116, D., 97. 2. 353. — Trib. Seine, 29 mai 1897, D., 98. 2. 515. — Trib. Seine, 1er juin 1897, D., 98. 2. 65, note de M. Appleton.

(3) Aix, 18 fév. 1886, S., 86. 2. 169, note de M. Naquet, D., 87. 2. 97, note de M. Glasson. — Cpr. Civ. cass., 29 mars 1897, S., 98. 1. 441, D., 97. 1. 255.

rement engagée par son assignation, reste saisie, malgré la loi nouvelle qui lui retire compétence. Or l'existence de ce droit nous paraît certaine, s'il est vrai, comme nous croyons l'avoir démontré, qu'il faut voir un droit acquis dans toute aptitude légale déjà exercée, puisque, en l'espèce, le demandeur a usé de la faculté que lui accordait la loi de soumettre ses prétentions à des juges déterminés. Ce n'est qu'une loi empreinte de rétroactivité qui pourrait, mettant son assignation à néant et lui infligeant des pertes de temps et d'argent, l'obliger à porter son affaire devant de nouveaux juges. Pas n'est besoin, par suite, pour que son droit doive être respecté, que la cause soit en état, et à plus forte raison qu'il soit intervenu un jugement définitif, en premier ou en dernier ressort. Vainement objecterait-on qu'une loi nouvelle sur la compétence doit régir les procès en cours d'instance, parce qu'elle est d'ordre public et d'intérêt général, et que par ce motif elle rétroagit. Car nous avons déjà établi qu'il ne suffit nullement qu'une loi ait ce caractère pour qu'elle soit considérée comme devant produire un effet rétroactif.

Mais, bien entendu, le tribunal perd nécessairement le droit de juger le procès pendant devant lui, quel que soit l'état de la procédure, lorsqu'il est purement et simplement supprimé par la loi nouvelle, puisque celle-ci met fin aussitôt à son existence : il faudrait une disposition analogue à celle de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1856, qui a aboli l'arbitrage forcé, pour que la juridiction supprimée pût terminer les affaires en cours. Que si le législateur n'a fait aucune réserve, son silence montre de la façon la plus claire qu'il a donné, comme il en avait la faculté, des effets rétroactifs à la loi [1].

177. 2° La nouvelle procédure devra être appliquée, non seulement aux instances qui n'étaient pas engagées lors de la publication de la loi, mais encore à celles qui l'étaient déjà, sauf, bien entendu, à maintenir les actes valablement faits en

[1] En ce sens, outre les autorités citées à la note 2, p. 146 : Chauveau et F. Hélie, *op. cit.*, I, n. 33; Bertauld, *Cours de code pénal*, p. 180; Le Sellyer, *Organis. et compét. des trib.*, I, n. 603; Naquet, note sous Aix, 18 fév. 1886, précité; Cauwès, note sous Cass., 11 déc. 1873, S., 74. 1. 401.

conformité de la loi ancienne [1]. L'art. 1041 C. pr. et la loi du 21 mai 1858, art. 4, contiennent sur ce point des dispositions contraires, qui ne sauraient s'expliquer que par des raisons d'utilité pratique.

Mais notre règle reste innapplicable aux dispositions fixant les délais dans lesquels peuvent être formés les recours contre les décisions judiciaires : ces délais sont toujours fixés par la loi en vigueur au moment où la décision a été rendue. La partie qui veut exercer un recours a un droit acquis à le faire dans le délai qui lui a été primitivement imparti : elle avait déjà commencé à exercer son droit en délibérant [2].

178. 3° Les voies d'exécution forcée sont déterminées par la loi en vigueur au moment des poursuites, à quelque date qu'ait pris naissance le droit qu'il s'agit de faire respecter. Celui qui poursuit l'exécution peut donc recourir à tous les moyens qu'autorise la loi actuelle, et il ne peut employer que ceux-là. Ainsi l'exécution forcée d'un contrat pour lequel la loi en vigueur lors de sa formation autorisait l'emploi de la contrainte par corps n'a plus pu être obtenue par ce moyen, après que celle-ci a été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867 [3].

(1) Demolombe, I, n. 59; Demante, I, n. 9 *bis*, IV; Laurent, I, n. 231; Huc, I, n. 83; Beudant, *Introd.*, n. 141; Planiol, I, n. 248 et 258; de Vareilles-Sommières, n. 94; Garsonnet, *Procéd. civ.*, 2e éd., II, § 399, p. 7, et § 492, p. 168. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 30, p. 107, n. 18. — Cpr. Crim. rej., 18 fév. 1882, précité. — Aix, 18 fév. 1886, précité. — C. d'Etat, 1er juill. 1887, D., 88. 3. 124. — Trib. Seine, 1er juin 1895, D., 96. 2. 246. — Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 245, D., 97. 2. 8. — Tananarive, 14 oct. 1896, S., 98. 2. 313, note, D., 99. 1. 380. — Nancy, 23 juill. 1898, D., 99. 2. 109. — Rennes, 28 janv. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 137. — Sur la rétroactivité des lois de procédure en matière pénale, cpr. Vidal, *op. cit.*, n. 903. — Crim. rej., 8 déc. 1899, S., 1902. 1. 101, D., 1903. 1. 457.

(2) Aubry et Rau, I, § 30, p. 107, n. 19; Fuzier-Herman, art. 2, n. 55 s. — Req. rej., 15 mai 1821, S. chr., VI. 1. 435. — Civ. rej., 23 janv. 1865, S., 65. 1. 75, D., 65. 1. 22. — Conseil d'Etat, 14 fév. 1902, S., 1902. 3. 9, D., 1903. 5. 86. — Conseil d'Etat, 1er août 1902, D., 1903. 5. 86. — *Contra :* Dijon, 25 fév. 1863, S., 63. 2. 146, D., 63. 2. 100. — Paris, 25 fév. 1864, S., 64. 2. 60, D., 64. 5. 13 (D'après ces arrêts, le délai d'appel serait déterminé par la loi en vigueur lors de la signification du jugement). — Tananarive, 14 oct. 1896, précité.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroact.*, sect. 3, § 10, n. 1; Aubry et Rau, I, § 30, p. 110, n. 26 à 31 *bis;* Demolombe, I, n. 59; Laurent, I, n. 227-229; Huc, I, n. 83; Surville, I, n. 62-4°; Beudant, *Introd.*, n. 141; Fuzier-Herman, art. 2, n. 61 s. — Civ. rej., 22 mars 1809, S., 9. 1. 202, D., *Rép.*, v° *Lois*, n. 362. — Civ. rej., 8 fév.

SECTION II

DES EFFETS DES LOIS RELATIVEMENT AUX PERSONNES ET AU TERRITOIRE QU'ELLES RÉGISSENT [1].

§ I. *Historique.*

179. L'art. 2 détermine l'autorité de la loi dans le temps, l'art. 3 l'autorité de la loi dans l'espace. Un même rapport de droit privé peut être susceptible, en effet, soit à raison de la nationalité de ceux qu'il intéresse, soit à raison du lieu où il est né, soit à raison de la situation de son objet, d'être réglé d'après des législations différentes. C'est un Français qui se trouve à l'étranger, y possède des biens ou y fait un acte, ou un étranger qui demeure en France, y passe des actes, ou y est propriétaire. Est-ce la loi française ou la loi étrangère qui gouvernera, aux différents points de vue sous lesquels ils peuvent être envisagés, les rapports dans lesquels sont intéressés ces individus ? Comment le conflit qui s'élève ainsi entre ces lois différentes sera-t-il résolu ?

180. Il peut l'être, suivant la conception du législateur, de trois façons principales.

Et d'abord chaque Etat, pouvant étendre, en fait, son autorité souveraine sur toutes les personnes et toutes les choses qui se trouvent sur son territoire, peut être tenté d'assujettir à ses lois tout ce que son pouvoir lui permet de saisir, hommes et biens. Dans ce cas le conflit de loi est, à proprement parler, plutôt supprimé que résolu, puisque l'Etat ne veut connaître et appliquer que la sienne. C'est le régime de la territorialité absolue de la loi.

1813, S., 13. 1. 317, D., *loc. cit.* — Toulouse, 13 fév. 1835, S., 35. 2. 256, D., 35. 2. 107. — *Contra :* Paris, 18 avril 1834, S., 34. 2. 375. — Paris, 29 janv. 1835, S., 35. 2. 72. — Cpr. de Vareilles-Sommières, n. 95 s.

[1] Cf. sur cette matière, outre les traités de droit international privé, Mailher de Chassat, *Traité des statuts d'après le droit ancien et le droit moderne*, Paris, 1845; Zix, *Du conflit des lois franç. et des lois étrang.*, Lyon, 1861; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon*, 1867-1869, I, n. 1 à 204; Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères*, Paris, 1883; Bartin, *Etudes de dr. intern. privé*, Paris, 1899; A. Weiss, Le Code civil et le conflit de lois (*Livre du Centenaire*, I, p. 249).

181. A cette conception étroite et brutale, qui n'est qu'une exagération de l'idée de souveraineté, doit être opposée celle qui s'en éloigne le plus, parce qu'elle consomme l'abandon des droits de la souveraineté les plus indiscutables : l'Etat consent à faire à chaque individu, sans aucune réserve, l'application de sa loi nationale. Tel est le régime de la personnalité des lois.

182. Enfin, entre ces deux théories extrêmes se place un système intermédiaire : l'Etat accepte chez lui l'application de la loi étrangère, dans une mesure qui dépend évidemment de l'idée qui sert de fondement au système.

Cette idée, ce peut être en effet, tout d'abord, celle de la courtoisie internationale, *comitas gentium,* qui vient tempérer le principe de l'indépendance respective des Etats par la considération des égards qu'ils se doivent mutuellement et par le souci de leurs intérêts réciproques. Or le sentiment des devoirs qu'ils ont ainsi les uns envers les autres les oblige à souffrir en certains cas, qu'il est impossible de déterminer *a priori,* l'application de la loi étrangère sur leur territoire, comme aussi le désir que leur propre loi soit respectée à son tour hors des limites de celui-ci. Alors la souveraineté de la nation s'affirme encore au moment même où elle consent à abdiquer, à la fois par suite de préoccupations égoïstes et pour ne pas manquer aux convenances internationales.

Mais elle est ramenée, au contraire, à la juste notion de son étendue naturelle, lo sque l'idée maîtresse du système est celle de l'égalité respective des Etats. On conçoit alors que cette égalité impose à chacun d'eux, au nom du droit lui-même, et non plus seulement de la courtoisie, le respect des autres souverainetés : l'une limite l'autre, comme les droits d'un individu sont limités par les droits d'autrui. L'Etat peut donc, sans atteinte portée à sa souveraineté, et il doit même, pour ne pas méconnaître celle des autres Etats, admettre l'application de leurs lois aux rapports juridiques dans lesquels sont intéressés leurs ressortissants, à la double condition toutefois qu'elle ne compromette point les principes essentiels sur lesquels repose sa propre constitution et que la nature même de ces rapports la commande.

183. De ces trois grandes théories, la seconde n'a été proposée, ni suivie nulle part, et ne pouvait guère l'être, car elle ne tarderait pas à consommer la ruine de la société assez imprudente pour tolérer l'application dans son sein des règles les plus contraires à ses traditions, à ses aspirations, à ses croyances et à ses mœurs, en un mot aux principes de toutes sortes de l'observation desquels elle vit ou croit vivre. Il est toutefois des peuples qui ont connu, à certaines époques de leur histoire, quelque chose qui y ressemblait et qui porte d'ailleurs le nom de système de la personnalité des lois. Dans l'empire romain, les nations conquises conservèrent la jouissance de leur législation particulière, et les pérégrins furent admis à se réclamer partout du droit de la cité à laquelle ils se rattachaient par l'*origo* ou le *domicilium*. Après l'invasion barbare, chaque homme fut régi de même par la loi de sa tribu ou de sa race. Mais, qu'on le remarque, il y avait là, de la part des Romains, une concession à des peuples relevant plus ou moins de l'empire et qui n'étaient plus des étrangers, et cette concession n'était faite, au reste, qu'en parfaite connaissance de cause; quant à l'étranger véritable, au barbare, il était hors la loi et son droit considéré comme n'existant pas. Et de même le principe de la personnalité des lois, à l'époque barbare, ne régissait que des sujets, hommes de races différentes, mais soumis à la même autorité. Dans les deux cas il ne s'agissait donc pas d'étrangers [1].

184. Jusqu'aux temps modernes, c'est la première conception qui a hautement prévalu. Par nature, les agrégats sociaux sont trop jaloux de leur souveraineté pour rien abandonner de ses attributs. Aux époques peu civilisées, ils sont assez exclusifs pour paraître ignorer jusqu'à l'existence des groupes qui les entourent, même les plus voisins. La société primitive est fermée complètement à l'étranger, ou, si elle s'ouvre à lui, elle ne lui accorde aucun droit; les conflits de

[1] Cf. Savigny, *Tr. de dr. romain*, trad. Guenoux, VIII, § 357, p. 88 s.; Weiss, *Traité élém. de dr. intern. privé* (2e éd. 1890), p. 260 s.; Despagnet, *Précis de dr. intern. privé* (3e éd., 1899), n. 87 et 88; Surville et Arthuys, *Cours élément. de dr. intern. privé* (3e éd., 1900), n. 12; Huc, I, n. 98 et 99.

lois y sont donc inconnus. A Rome, par exemple, l'étranger commença par être un ennemi; longtemps il ne put invoquer, ni son droit particulier, car la cité ne le reconnaissait pas, ni le droit de celle-ci, parce qu'il fallait être membre du groupe pour s'en réclamer.

Il en fut de même en France, au moyen-âge. Le territoire étant partagé entre une foule de petites souverainetés, isolées et ennemies les unes des autres, au principe de la personnalité des lois, devenu d'ailleurs inapplicable par suite de la fusion des races, succède le principe contraire de la territorialité. « Toutes coutumes sont réelles » (1) : leur autorité expire à la frontière du pays qu'elles régissent, mais dans ces limites tout y est soumis, rien n'y échappe. « Chacun voulant demeurer maître absolu chez soi » (2), et les lois étant « ennemies » comme les peuples, le juge ne connaît et n'applique que la sienne, quels que soient les intérêts en cause.

La souveraineté ayant ses racines dans le sol, dont l'homme n'est en quelque sorte que l'accessoire, on considèrerait comme une atteinte à celle-ci « l'extension d'un statut dans les limites d'un autre ». — C'est à cette conception fausse que se rattachent encore aujourd'hui les pays, comme l'Angleterre, qui n'ont pas su s'affranchir des traditions du régime féodal (3).

185. Mais le principe de la territorialité des lois ne pouvait pas l'emporter définitivement. Dès le XIIIe siècle il fut battu en brèche par les glossateurs, qui, conscients des véritables intérêts des villes commerçantes et des républiques de l'Italie, se préoccupèrent d'assurer dans une certaine mesure aux étrangers, pour les y attirer, la protection de leur loi nationale. Ainsi naquit la célèbre théorie des statuts. Les « statuts » désignaient la législation locale et particulariste d'une ville ou d'une province par opposition à la « loi », qui comprenait

(1) Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXIII, n. 38 ; Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, tit. 4, art. 3 et 4.

(2) Bouhier, *loc. cit.*

(3) Cf. Weiss, p. 269 et 270; Despagnet, n. 89 ; Huc, I, n. 100 ; Beudant, *Introd.*, n. 149; Brissaud, *op. cit.*, p. 165 s.

le droit général et commun. « En faveur de l'utilité publique » et par « une espèce de droit des gens et de bienséance » [1], on en vint à faire deux catégories de dispositions légales. Les unes, ayant pour objet principal les personnes, constituaient le *statut personnel* et suivaient celles-ci en tous lieux : elles étaient extra-territoriales ; tandis que les autres, ayant pour objet prédominant les biens, composaient le *statut réel*, et, strictement territoriales, s'appliquaient à tous les biens compris dans les limites du pays qu'elles régissaient [2].

186. Ce fut l'idée mère de cette théorie, développée avec plus ou moins de succès dans la péninsule par Bartole et son école, qui pénétra en France, grâce à l'influence scientifique de celle-ci et aux efforts des jurisconsultes statutaires, et du premier d'entre eux, Dumoulin [3]. Plusieurs causes devaient travailler à son rapide triomphe. D'abord l'absurdité d'un régime qui faisait varier la capacité des individus suivant les pays où ils se trouvaient et les coutumes qui la régissaient dans chacun d'eux, était de plus en plus vivement sentie, avec ses inconvénients pratiques considérables. Ensuite, l'existence du lien qui unissait sur notre sol toutes les souverainetés, et que les progrès du pouvoir royal rendaient de plus en plus fort et visible, ne permettait plus à ces petites sociétés, quelque jalouses qu'elles fussent les unes des autres, de se traiter en ennemies. L'idée d'une certaine solidarité devait se faire jour et aider à faire reconnaître au moins partiellement les droits de l'individu qui se trouvait momentanément séparé du groupe féodal auquel il appartenait. Cette reconnaissance, qui se traduisait par l'application en certains cas au forain de sa propre loi, n'était-elle pas d'ailleurs commandée par l'intérêt commun ? Ce que perdait ainsi la souveraineté du lieu, elle le regagnait par la pénétration de sa législation dans des contrées qui n'en relevaient pas, puisque celle-ci était

[1] Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XXIII, n. 62 et 63.

[2] Cf. Weiss, p. 212 s. ; Despagnet, n. 90 ; Surville et Arthuys, n. 14 ; Huc, I, n. 101 et 102 ; Beudant, *loc. cit.* ; Planiol, I, n. 183-186 ; Surville, I, n. 67 ; Brissaud, *loc. cit.*

[3] Cf. Lainé, *Introd. au droit intern. privé*, Paris, 1888-1892 ; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, Bordeaux, 1880.

appliquée, en retour, à ceux qui s'étaient éloignés de leur pays d'origine. L'utilité réciproque s'opposait ainsi elle-même à l'absolue réalité de la coutume.

187. La réalité demeura néanmoins le principe. Mais tandis que d'Argentré (1), profondément imbu des idées féodales, s'efforça de diminuer autant que possible le nombre et l'étendue des atteintes qui étaient portées à ce principe, Dumoulin (2) fit au statut personnel la part beaucoup plus large, et Guy Coquille (3), dès la fin du XVIe siècle, s'y montra encore plus favorable. Les jurisconsultes s'affranchissent ainsi de plus en plus du respect de la règle que toutes les coutumes sont réelles, « règle brocardique, dit Coquille, qui est communément au cerveau des praticiens ». Au XVIIIe siècle, Boullenois (4), quoique partisan de la personnalité, se croit encore obligé de décider qu'en cas de doute un statut doit être présumé réel. Mais avec le président Bouhier (5) et l'avocat Froland (6) la nouvelle doctrine ne craint pas de s'affirmer et se dégage de plus en plus du joug du vieil adage féodal : tous deux posent en principe que la loi est plutôt personnelle que réelle, et, à côté de considérations exclusivement utilitaires, ils invoquent ce motif nouveau que la loi est faite pour les personnes et non pour les choses. « La personne et ses biens, dit Froland, sont deux choses fort différentes ; la personne est constamment la plus noble, et, comme telle, elle doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle ». Ainsi, sans répudier la distinction des statuts réels et personnels, les derniers jurisconsultes de l'ancienne France se préoccupent principalement du but final des règles de droit, pour les appliquer partout où leur but le réclame, sans que

(1) *Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines antiquissimi ducatûs Britanniæ,* Paris, 1621.

(2) *Commentarii in Codicem (Concl. de statutis consuetudinibus localibus).* Opera, 1681, III, p. 554 s.

(3) *Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes, Œuvres,* II (éd. Paris, 1666).

(4) *Questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes,* Paris, 1732 ; *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts,* Paris, 1766.

(5) *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne,* 1717.

(6) *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts,* 1729.

l'intérêt social des pays où elles veulent s'introduire s'y oppose [1].

188. C'est l'antique théorie des statuts elle-même, à la fois trop rigide et trop élastique, qui devait être abandonnée pour que le droit international privé pût être assis sur sa base rationnelle. Elle s'inspirait au fond, sous l'influence des traditions féodales, de cette idée fausse que la loi est territoriale par nature et qu'elle ne doit connaître par suite d'autres limites à son domaine que celles de la souveraineté du pays où elle a été portée. Et ce n'est qu'au nom de l'intérêt réciproque des États et des égards qu'ils se doivent, qu'elle consentait à apporter des exceptions, plus ou moins nombreuses suivant le tempérament de ceux qui les proposaient, au principe essentiel de la territorialité. Il appartenait à la science moderne de mettre en lumière cette double erreur. Elle a démontré, d'une part, que la loi est, au contraire, personnelle par essence, parce que non seulement elle est faite pour les personnes, mais qu'elle est appropriée à leurs qualités et à leurs besoins, tels qu'ils résultent du milieu où elles vivent et de la civilisation particulière à laquelle elles appartiennent, de telle sorte qu'il est juste qu'elle les suive partout, à moins que son application ne porte atteinte aux principes d'ordre public du pays où elle est requise. Elle a établi, d'autre part, que l'exterritorialité de la loi ne blesse en rien la souveraineté des États : celle-ci n'exige nullement que leur législation s'impose à tous ceux qui les habitent, tandis que le principe de leur égalité requiert impérieusement que cette législation puisse être observée en tous lieux par ceux pour lesquels elle a été faite, tant que l'ordre public international ne s'y oppose pas. C'est donc en vertu d'un droit, et non d'une concession gracieuse inspirée par la *comitas gentium*, si vague et si précaire, que l'individu est admis à se réclamer, en dehors de son pays, de sa loi nationale. Du jour seulement où ces données théoriques ont été nettement dégagées, le droit international privé a pu être édifié sur des assises solides. Il suffisait ici, sans qu'il

[1] Cf. Weiss, p. 218 s. ; Despagnet, n. 91 et 92 ; Surville et Arthuys, n. 18 ; Huc, I, n. 102 *bis* et 103 ; Planiol, I, n. 185 et 186 ; Brissaud, *op. cit.*, p. 168.

y ait eu lieu d'entrer dans l'analyse des différents systèmes d'après lesquels on a tenté de le construire, d'avoir indiqué l'évolution des idées qui ont présidé à la solution des conflits de lois [1].

189. Mais quels ont été exactement en France les principes admis en cette matière par le code civil ? Leur détermination présente une importance capitale. L'art. 3 n'a statué, et encore d'une façon très sommaire, que sur certaines des théories du droit international privé : comment convient il, dans son silence, de régler les autres ou de compléter celles qu'il a esquissées ? On conçoit que les principes qui doivent guider l'interprète soient tout différents, suivant qu'on juge qu'il doit toujours se référer aux anciennes solutions de la théorie des statuts, ou se décider, au contraire, d'après les seuls enseignements d'une doctrine rationnelle sur les conflits de lois. Or, sur cette grave question, deux opinions sont en présence.

190. La première a été principalement défendue par les commentateurs du code civil, et elle a régné sans conteste jusqu'à ces derniers temps. D'après ses partisans [2], celui-ci a très certainement consacré la théorie statutaire. D'abord elle était communément reçue lors de la confection du code, de telle sorte qu'il est vraisemblable que ses auteurs ont dû l'adopter. Ils l'ont ensuite nettement appliquée dans l'art. 3, dont les al. 2 et 3, en opposant les lois relatives aux immeubles à celles qui régissent l'état et la capacité des personnes, rappellent clairement l'ancienne distinction du statut réel et du statut personnel. Ils l'ont enfin exposée eux-mêmes à diverses reprises au cours des travaux préparatoires. « On a toujours distingué, disait Portalis [3], les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui

[1] Cf. Weiss, p. 234 s. ; Despagnet, n. 13, n. 93 et n. 95 s. ; Surville et Arthuys, n. 20 s. ; Laurent, I, n. 122 s. ; Beudant, *Introd.*, n. 146 ; Planiol, I, n. 195 s.

[2] Aubry et Rau, I, § 31, p. 130 s., n. 2-4, et p 133, n. 8 ; Demolombe, I, n. 68 et 76 ; Demante, I, n. 10 *bis*, III s. ; Barde, *op. cit.* ; Fœlix et Demangeat, *Tr. de dr. intern. privé*, I, n. 21 ; Beudant, *Introd.*, n. 150 ; Planiol, I, n. 195-197 ; Laurent, *Dr. civil intern.*, II, n. 40 s., et *Principes de dr. civil*, I, n. 81 et 82 ; Fuzier-Herman, art. 3, n. 2.

[3] *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, I, p. 580 s ; n. 12 à 16.

règlent la disposition des biens ». Plus explicite, le tribun Faure déclarait, dans son discours au corps législatif [1], que « l'art. 3 contenait les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels ». Et enfin, dans son rapport au tribunat [2], Grenier écrivait que cet article consacrait les « principes enseignés par tous les publicistes ». Tout ne concourt-il donc pas à prouver que la théorie traditionnelle a été admise ?

On convient néanmoins que certaines de ses solutions ont été modifiées expressément par le code civil, et aussi que, dans le silence de celui-ci, toutes ne doivent pas être acceptées sans discernement. C'est ainsi, d'un côté, que par suite de la réalisation de l'unité législative, qui a changé la nature des conflits de lois, puisqu'ils ne peuvent plus s'élever qu'entre la loi française et la loi étrangère, et non plus comme autrefois entre deux lois françaises, il a fallu substituer, pour le règlement du statut personnel, la loi nationale à la loi du domicile. D'autre part, le conflit s'élevant désormais, non plus entre lois régissant des pays qui relèvent du même souverain, mais entre lois émanant de souverainetés différentes, on comprend que l'idée d'indépendance et de souveraineté nationales puisse avoir, dans la solution de ce conflit, une influence qu'elle ne pouvait pas avoir dans l'ancien droit.

Mais, sous ces réserves, c'est à l'ancienne distinction qu'il faut en revenir, en s'attachant, pour rechercher à quel statut, personnel ou réel, appartient une disposition légale, « à l'objet principal, direct, immédiat de la loi » [3]. Le premier « comprend toutes les dispositions législatives qui ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des personnes et leur capacité, soit pour tous les actes de la vie en général, soit pour quelques-uns de ces actes en particulier »; le second, celles qui déterminent « le régime légal des biens considérés en eux-mêmes, et indépendamment de la condition personnelle de leurs possesseurs ». Telles sont, du

[1] Locré, *Lég.*, I, p. 612, n. 8.

[2] Locré, *Lég.*, I, p. 600, n. 9. — Cf. aussi *Observ. du Trib.*, Locré, *Lég.*, I, p. 563, n. 9.

[3] Aubry et Rau, I, § 31, p. 133 et 134, n. 8.

moins, les définitions de MM. Aubry et Rau, qui n'hésitent pas au surplus à « rejeter la catégorie des prétendus statuts mixtes », où devraient être rangées, d'après certains auteurs, les lois qui semblent avoir simultanément pour objet de régler la capacité des personnes et la transmission des biens : c'est toujours d'après leur objet prédominant, selon les savants jurisconsultes, qu'il convient de fixer le caractère de ces lois.

191. Cette doctrine des civilistes, véritable obstacle à l'application en France des principes rationnels du droit international privé, ne pouvait manquer d'être combattue par ceux que préoccupe particulièrement le développement de cette branche du droit. Et, à vrai dire, ils ont fait valoir contre elle des arguments qui l'ébranlent fortement. D'abord, remarquent-ils, si l'art. 3 contient certaines des règles de la théorie traditionnelle, il ne l'a nullement consacrée elle-même d'une façon explicite, puisqu'on n'y retrouve pas, même sous forme d'allusion, la distinction fondamentale des statuts personnel et réel. Ces règles, au reste, n'ont-elles pas été intégralement acceptées par les systèmes les plus modernes? Dès lors, que peut-on conclure de leur adoption? Quant aux rédacteurs du code civil, ils ont pu, dans leurs paroles ou dans leurs écrits, se référer à la théorie statutaire : mais rien, dans les citations qu'on reproduit, n'autorise à affirmer, lorsqu'on les analyse avec soin, qu'ils aient eu la volonté de la faire passer tout entière dans leur œuvre. Cette affirmation serait d'autant plus hasardeuse qu'on serait dans l'impossibilité manifeste de dire en quoi consistait véritablement cette théorie à la fin de notre ancien droit. Chaque jurisconsulte l'entendait à sa manière, et les divergences étaient devenues si grandes entre ceux qui s'étaient appliqués à l'élucider, qu'on a pu dire avec vérité qu'après s'être bandé les yeux, « aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, ils se rencontraient quelquefois » [1], et que Bouhier lui-même en était venu à mettre en question jusqu'à la distinction des statuts. Au milieu de cet inextricable fouillis, à quelle opinion ferme se seraient donc

[1] Mailher de Chassat, *op. cit.*, p. 83.

ralliés les rédacteurs du code civil ? Et si, comme il est trop certain, on n'en pouvait désigner aucune, faudrait-il se résigner à voir ressusciter, par suite du vague inhérent à cette distinction, toutes les controverses qu'elle fit éclore autrefois?

Ce danger a été, du reste, aperçu par certains des partisans de la doctrine courante. Avec une grande perspicacité, MM. Aubry et Rau notamment ont expliqué que « la confusion qui régnait dans les opinions des auteurs sur le point de savoir si telle disposition rentre dans le statut personnel ou dans le statut réel, provient surtout de ce qu'en donnant trop d'extension à cette division, on s'est posé cette question relativement à des dispositions qui, à proprement parler, n'appartiennent ni au statut personnel, ni au statut réel ». C'est pourquoi ils en ont très justement exclu les lois relatives à la forme extrinsèque des actes, à leurs conditions intrinsèques et à leurs effets (1). Mais ils n'ont ainsi évité un écueil qu'en se montrant infidèles à l'ancienne doctrine, qui faisait très généralement rentrer de force toutes ces lois dans l'un des statuts. Et ils ne s'en écartent pas moins lorsqu'ils décident (2), avec la plupart de ceux qui se croient liés par la théorie statutaire, que les meubles, considérés objectivement et en eux-mêmes, sont régis par la loi du lieu de leur situation, et non pas, comme ils l'étaient jadis, par la loi du domicile de leur propriétaire. Si cette théorie s'imposait encore aujourd'hui comme ils le soutiennent, les meubles devraient être gouvernés, soit par cette dernière loi, si on continuait à les considérer, avec Boullenois (3), comme ayant leur assiette dans le lieu où leur propriétaire est domicilié, soit par sa loi nationale, si on les regardait, avec d'Argentré et Pothier (4), comme attachés à la personne, et si on faisait conséquemment rentrer dans le statut personnel les règles qui les concernent. Or il n'est guère que Laurent (5), qui, plus logique que les

(1) I, § 31, p. 137, n. 17.

(2) Cf. Aubry et Rau, I, § 31, p. 158 ; Demolombe, I, n. 96.

(3) *Traité de la pers.*, I, p. 338.

(4) D'Argentré, *op. cit.*, art. 218, gl. 6, n. 30; Pothier, *Introd. gén. aux coutumes*, n. 21, 23 et 24.

(5) *Dr. civ. intern.*, II, n. 173; *Principes de dr. civil*, I, n 117-120.

autres défenseurs de l'opinion qu'il se croit à regret obligé de professer, applique aux meubles la loi nationale de leur propriétaire. Qu'est-ce donc que cette théorie dont on s'écarte ainsi en général sans scrupule, après avoir décidé qu'elle est celle du code civil? Et n'est-il point préférable alors d'admettre que le législateur, placé, au reste, à une époque où les relations pacifiques internationales étaient rares et les conflits de lois par suite peu nombreux, a laissé à la science de l'avenir le soin de déterminer les principes d'après lesquels ces conflits, sur tous les points qu'il n'avait pas réglés, seraient résolus [1]?

§ II. *Des conflits de lois.*

192. L'art. 3 C. civ., qui statue sur ces conflits, est ainsi conçu : « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui* » *habitent le territoire. — Les immeubles, même ceux possédés* » *par des étrangers, sont régis par la loi française. — Les lois* » *concernant l'état et la capacité des personnes régissent les* » *Français, même résidant en pays étrangers* ».

Cette disposition ne résout expressément que les conflits des lois de police et de sûreté, des lois relatives aux immeubles, et de celles qui concernent l'état et la capacité des personnes ; encore ne le fait-elle qu'incomplètement. Avec l'explication des principes qu'elle a consacrés doivent être succinctement exposés ceux qui régissent les conflits dont le code n'a pas parlé. Mais on ne s'occupera à cette place que des conflits qui ne sont pas relatifs à des matières rentrant dans d'autres parties du *Traité :* c'est dans celles-ci que devront être cherchées les règles qui gouvernent les autres.

[1] En ce sens, Weiss, p. 270 s.; Despagnet, n. 94 et 97, et *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 487; Huc, I, n. 104 et 106; Durand, *Essai de droit intern. privé* (1884), p. 249 s.; Gény, *op. cit.*, p. 416 s. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 24 et 25. — Le projet de titre préliminaire du code civil belge répudie nettement la doctrine de la courtoisie internationale, et, s'il conserve la distinction du statut personnel et du statut réel, c'est pour n'y faire rentrer que « les matières qui leur sont propres d'après leur nature juridique ». — Cf. Lainé, *Bull. Soc. de lég. comp.*, 1890, p. 341.

I. *Conflits des lois de police et de sûreté.*

193. Chaque Etat devant pourvoir par lui-même et par lui seul à sa conservation, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire français, même passagèrement (art. 3, 1er al.). Aussitôt qu'ils entrent en France, les étrangers se trouvent donc soumis à ces lois : ils doivent leur obéir, et en retour elles les protègent. *Intrasti urbem; ambula juxta ritum ejus* (1).

194. Par territoire il faut entendre toute surface soumise à la loi française. Notre règle est donc applicable aux faits accomplis en mer sur un navire portant notre pavillon (2). Elle l'est également aux faits délictueux commis à bord d'un navire de commerce étranger stationnant dans un port français, tout au moins lorsque ces faits sont de nature à troubler la tranquillité publique (avis du C. d'Etat des 28 octobre-20 novembre 1806) (3).

195. Tous les étrangers sont soumis à ces lois, si courte que soit la durée de leur séjour en France, et alors même qu'ils en ignoreraient les dispositions. La pensée du législateur ayant été d'assimiler entièrement sur ce point les étrangers aux nationaux, l'excuse tirée de leur bonne foi ne saurait être invoquée par ceux-là que dans les cas où ceux-ci pourraient s'en prévaloir eux-mêmes (4).

Echappent seuls à la règle de l'art. 3, al. 1, les souverains, les agents diplomatiques étrangers, leur famille et les gens

(1) Portalis, *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, I, p. 416, n. 3; *Disc. au C. lég.*, p. 478, n. 25; 2e *Exp. des mot.*, p. 579, n. 10. — Demolombe, I, n. 71; Huc, I, n. 112; Weiss, p. 279, note 1; Planiol, I, n. 188; Surville, I, n. 68; Beudant, *Introd.*, n. 147.

(2) Huc, I, n. 108. — Crim. rej., 11 fév. 1881, S., 82. 1. 433, D., 81. 1. 333.

(3) Demangeat sur Fœlix, *Tr. de dr. intern. privé*, II, p. 258, note *a*; Massé, *Dr. commerc.*, II, n. 42; F. Hélie, *Tr. de l'instruction criminelle*, II, p. 512; Ortolan, *Diplomatie de la mer*, I, p. 292 s. — Crim. rej., 25 fév. 1859, S., 59. 1. 183, rapp. de M. V. Foucher, D., 59. 1. 88, note de M. Hautefeuille. — Civ. cass., 18 juill. 1895, S., 95. 1. 305, note de M. Lyon-Caen, D., 97. 1. 585, note de M. Levillain. — Caen, 23 juin 1897, S., 98. 2. 44. — Cf. Crim. cass., 29 fév. 1868, S., 68. 1. 351, et concl. de M. Charrins, D., 68. 1. 412. — Req. rej., 24 nov. 1897, S., 98. 1. 311. — Rouen, 28 janvier 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 584.

(4) Aubry et Rau, I, § 31, p. 132, n. 6; Demolombe, I, n. 73.

de leur suite, ainsi que les attachés militaires [1]; mais, en l'absence de traité, les simples agents consulaires y restent soumis, car ils ne jouissent pas, en principe, des mêmes immunités [2]. Cette unique exception à la règle résulte formellement des travaux préparatoires [3].

196. Mais que faut-il entendre par lois de police et de sûreté? Ce sont tous les actes de la puissance publique, quelque nom qu'ils portent (lois, décrets, ordonnances, règlements, arrêtés, etc.), de police répressive ou préventive, générale ou locale, et qui ont pour objet le maintien du bon ordre, la sûreté des personnes, le respect des propriétés et la salubrité publique [4].

D'après M. Demolombe, on devrait encore comprendre parmi ces lois toutes celles qui « concernent l'ordre public », c'est-à-dire que les art. 3, al. 1, et 6 C. civ., qu'il rapproche expressément l'un de l'autre, auraient à ses yeux le même domaine. Cette façon de voir est certainement inadmissible : c'est ainsi notamment que les étrangers ne sont pas régis par nos lois sur l'état et la capacité, qui reposent pourtant au premier chef sur des considérations d'ordre public. On conçoit très bien, d'autre part, que l'ordre public, c'est-à-dire l'ensemble des considérations politiques, sociales, économiques, morales, religieuses, philosophiques, admises à une époque donnée dans un pays, puisse faire imposer aux nationaux l'observation de certaines règles qu'il n'y aurait aucun intérêt à imposer également à des étrangers.

(1) Cpr. Paris, 2 janv. 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 126. — Cpr. aussi quest. 124, *J. Clunet*, 1901, p. 341.

(2) Demolombe, I, n. 72 ; Huc, I, n. 113 ; Planiol, I, n. 188 ; Beudant, *Introd.*, n. 154; de Martens, *Tr. de dr. intern.*, trad. Léo, II, p. 111 ; Heffter et Geffcken, *Le dr. intern. de l'Europe*, p. 565. — Paris, 8 janv. 1886, S., 87. 2. 13, D., 86. 2. 216. — Civ. cass., 19 janv. 1891, S., 91. 1. 297 et note, D., 91. 1. 9, réquisitoire de M. Ronjat et concl. de M. Desjardins. — Cf. Surville, I, n. 68 ; Renault, *Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 577.— Cpr. cep. Rouen, 11 mai 1900 (2 arrêts), S., 1902. 2. 73, note de M. Audinet.

(3) Portalis, *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, I, p. 478, n. 25 ; 2e *Exp. des mot.*, *eod. loc.*, p. 580, n. 11.

(4) Aubry et Rau, I, § 31, p. 131 et 132, n. 5 ; Demolombe, I, n. 70; Duranton, 1, n. 77 ; Laurent, I, n. 105 ; Beudant, *Introd.*, n. 153 ; Planiol, I, n. 188 ; Surville, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, art. 3, n. 3 s. — Cf. Req. rej., 15 fév. 1905, S., 05. 1. 209, note de M. Lyon-Caen.

La vérité est qu'indépendamment des lois de police et de sûreté proprement dites, que vise l'art. 3, 1er al., il en est d'autres, très proches au reste par leur objet, les lois dites d'ordre public international, qui doivent être appliquées aussi aux étrangers à l'exclusion de leur loi nationale, et dont l'empire est, comme celui des premières, strictement territorial. Mais cette similitude d'effets ne permet pas plus de les confondre avec les lois de police qu'elle ne doit faire confondre avec ces dernières les lois de statut réel auxquelles se réfère, comme à des lois distinctes, le 2e alinéa de notre disposition [1].

II. *Conflits des lois concernant l'état et la capacité des personnes.*

197. Les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes rentraient, d'après l'ancienne théorie des statuts, dans le statut personnel. Mais la difficulté était de circonscrire le domaine de ce statut, et cette difficulté se représenterait aujourd'hui, s'il était vrai, comme beaucoup le pensent, que le code civil se fût inspiré de la doctrine traditionnelle. Ce qu'on pourrait dire à cet égard de moins vague et de plus général, c'est que les lois qui ont pour objet exclusif ou prédominant de régler l'état et la capacité des personnes, dépendent de ce statut, lors même qu'elles ont trait accessoirement aux biens [2]. Mais ce n'est pas le lieu ici, à raison même du plan de cet ouvrage, de rechercher les lois qui ont cet objet : c'est à propos de chaque théorie qu'il conviendra de déterminer dans quel statut rentrent les dispositions légales qui s'y réfèrent, ou mieux, si l'on fait abstraction de la distinction des statuts, quelle est la loi applicable aux rapports qu'elle règle.

198. Pour préciser exactement le sens et la portée du principe général posé par l'art. 3, 3e al., il faut s'occuper successivement de trois situations, et se demander quelle est la loi qui régit l'état et la capacité : 1° du Français à l'étranger;

(1) Cf. *infra*, n. 272 s., et notamment n. 277 et 282.

(2) Cpr. Aubry et Rau, I, § 31, p. 133 s.; Demolombe, I, n. 76 s.; Laurent, I, n. 88 s.; Fuzier-Herman, art. 3, n. 7 s.; Demangeat, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 46 s.

2° de l'étranger en France; 3° de l'individu qui n'a pas de nationalité ou qui en a deux.

199. 1° *Loi qui régit l'état et la capacité du Français à l'étranger* (1). — D'après l'art. 3, 3e al., qui ne règle expressément que cette situation, son état et sa capacité sont régis par la loi française.

Il importe peu, pour l'application de la règle, que le Français n'ait qu'une simple résidence à l'étranger, comme semblerait le prévoir exclusivement l'art. 3, ou qu'il y ait même établi son domicile. Très souvent les mots « domicile » et « résidence » n'ont pas en effet dans les textes législatifs leur signification technique, et les raisons qui justifient notre disposition écartent sur ce point toute distinction qu'on voudrait faire entre les deux hypothèses (2). Si les individus doivent, pour leur état et leur capacité, toujours obéir à leur loi nationale, c'est que celle-ci a déterminé, à cet égard, leur condition juridique d'après l'état de la civilisation à laquelle ils appartiennent, civilisation qui est elle-même le résultat de la situation géographique du pays, de son climat, des idées politiques, sociales, religieuses et philosophiques de ses habitants; et il ne doit pas dès lors leur être permis de modifier cette condition par un acte de leur volonté, en passant la frontière ou même en allant établir leur domicile à l'étranger. Même après ce déplacement, ils n'en restent pas moins, aux yeux de la nation dont ils relèvent, physiquement, intellectuellement et moralement les mêmes.

Ainsi les lois de cette catégorie suivent la personne, ainsi que le disaient nos anciens, comme l'ombre suit le corps. Inhérentes à la qualité de Français, elles régissent le Français tant qu'il conserve sa nationalité, et il ne peut s'y soustraire qu'en la perdant.

200. Lorsque d'ailleurs l'état ou la capacité d'un Français,

(1) Gary, *De la cond. jurid. des Français à l'etranger*, Paris, 1890; Surville, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 463 s.

(2) Laurent, I, n. 87; Despagnet, n. 229 et 230; Weiss, p. 272; Surville et Arthuys, n. 146. — *Contra :* Demangeat, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 65; Varambon, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 59; Gabba, *Rev. prat.*, 1876, XLII, p. 376. — Cpr. Paris, 20 janv. 1873, D., 73. 2. 59.

tels qu'ils sont déterminés par une disposition légale, ont été modifiés par une décision judiciaire rendue en France (portant, par exemple, interdiction, nomination de conseil judiciaire, déclaration de faillite, etc.), ce nouveau statut personnel le suit partout, sans que cette décision ait à être revêtue de l'exéquatur par les tribunaux étrangers [1]. Cet exéquatur n'est requis, en effet, qu'en tant que l'autorité étrangère doit matériellement concourir à l'exécution de la décision. Or ce n'est pas le cas pour celle dont il s'agit, lorsqu'on la considère seulement sous le rapport des modifications qu'elle fait subir à l'état ou à la capacité de l'individu, et abstraction faite des actes d'exécution matérielle auxquels elle se prête. Enfin cette décision, constitutive du statut personnel de celui qu'elle concerne, doit avoir le même effet extraterritorial que la loi au nom de laquelle elle est rendue.

Peu importe, d'ailleurs, à ce point de vue, que la décision émane d'une juridiction civile ou d'une juridiction criminelle [2].

201. Au surplus on remarquera que l'art. 3, 3e al., pose une règle unique et absolue pour l'état et pour la capacité. Ainsi ont été repoussées implicitement, et avec raison : 1° l'opinion des anciens jurisconsultes qui voulaient qu'on observât les dispositions de la loi locale pour déterminer l'aptitude à faire un acte juridique ; 2° la distinction, admise autrefois par certains réalistes, entre les capacités ou incapacités spéciales (telles que le droit pour le mineur de faire un testament, la prohibition qui résultait pour la femme du sénatusconsulte Velléien), et la capacité ou l'incapacité générale, la seule, d'après eux, en faveur de laquelle il y eût lieu de faire exception à la règle de la réalité des coutumes [3].

202. Il résulte de notre principe que pour apprécier, au point de vue de la capacité, la validité d'un acte quelconque fait par un Français à l'étranger, il faut toujours se référer à

[1] Aubry et Rau, 1, § 31, p. 142 et 143, n. 21 *quater* et n. 22 ; Despagnet, n. 229 ; Weiss, p. 431. — Req. rej., 6 juill. 1868, S., 68. 1. 325, D., 69. 1. 267. — Cpr. Civ. rej., 27 mars 1865, S., 65. 1. 261, D., 65. 1. 383.

[2] Cf. *infra*, n. 773 s.

[3] Despagnet, n. 233.

la loi française, quelles que soient sur ce point les décisions de la loi étrangère [1].

203. 2° *Loi qui régit l'état et la capacité de l'étranger en France* [2]. — L'état et la capacité des étrangers, même résidant ou domiciliés en France, sont régis par leur loi nationale, et non par la loi française [3]. Cette règle n'est pas formulée par l'art. 3; mais elle résulte d'abord des mêmes considérations qui commandent l'application constante aux Français de leur propre loi; ensuite du silence du code à cet égard, alors qu'il déclare expressément applicables aux étrangers les lois de police et de sûreté et les lois relatives aux immeubles; enfin des travaux préparatoires, d'où il ressort que la rédaction primitive : « la loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire », fut abandonnée, sur les observations de Tronchet et du tribunat, « pour ne pas paraître imposer aux étrangers les règles touchant au statut personnel » [4]. Au surplus, si la France veut faire respecter à l'étranger le statut personnel de ses nationaux, elle doit, par une juste et prudente réciprocité, respecter à son tour le statut personnel des étrangers [5].

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 142, n. 21 et 21 *ter;* Surville et Arthuys, n. 147.

(2) Cf. Godefroy, *Du conflit des lois fr. et étr. relativement à la capacité des étr. en France* (Thèse, Paris), 1884; Delsol, *Rev. crit.*, 1868, XXXII, p. 481 s.; Surville, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 463 s.

(3) Cette proposition est vraie même des étrangers établis en France avec autorisation du gouvernement, ou qui, sans avoir obtenu cette autorisation, s'y sont fixés à perpétuelle demeure. Cf. *infra*, n. 614 et 640.

(4) Locré, *Lég.*, I, p. 380, art. 3; p. 399, n. 10; p. 563, n. 9.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6; Aubry et Rau, I, § 31, p. 143, n. 23, p. 145, n. 26, et p. 146, n. 28; Duranton, I, n 93; Duvergier sur Toullier, I, p. 99, note *a;* Proudhon et Valette, I, p. 80 s.; Demante, I, n. 10 *bis*, I; Laurent, I, n. 83; Huc, I, n. 140; Beudant, *Introd.*, n. 160 et 161; Planiol, I, n. 192; Despagnet, n. 230; Weiss, p. 276 s.; Demangeat, *De la cond. des étr.*, n. 84; Bartin, *Etudes de dr. intern. privé*, Paris, 1899, p. 194; Fuzier-Herman, art. 3, n. 19 s. — Lyon, 25 fév. 1857, S., 57. 2. 625. — Chambéry, 9 janv. 1884, D , 85. 2. 279. — Paris, 21 mai 1885, D., 86. 2. 14. — Rennes, 7 fév. 1890, D., 91. 2. 180. — Orléans, 17 juill. 1895, S., 97. 2. 310. — Paris, 31 juill. 1895, S., 99. 2. 105, note de M. Audinet. — Trib. Dieppe, 2 avril 1896, D., 98. 2. 281, note de M. Bartin. — Alger, 5 mai 1896, D., 99. 2. 409, note de M. Pic. — Req. rej., 10 nov. 1896, S., 1900. 1. 516, D., 97. 1. 313. — Alger, 7 mars 1898, D., 99. 2. 377. — Alger, 2 mai 1898, S., 1900. 2. 257, note de M. Audinet. — Paris, 3 août 1898, D., 99. 2. 70. — Paris, 16 nov. 1898, D., 99. 2. 239. — Paris, 2 déc. 1898, S., 1900. 2. 185, note de M. Audinet. D., 99. 2. 177, note de M. Claro. — Civ. cass., 17 janv. 1899, S., 99. 1. 177, note de

204. Du reste, les jugements constitutifs ou modificatifs de l'état et de la capacité des étrangers, émanés de juridictions civiles étrangères, produisent leur effet en France, comme leur loi nationale elle-même, sans qu'il soit besoin de les faire revêtir de l'exéquatur, en tant qu'il ne s'agit pas d'exécution forcée (1).

205. Il en est de même, en principe, selon nous, des décisions émanées des juridictions répressives du pays dont relèvent ces étrangers (2).

206. Mais il en est différemment des décisions, même civiles, ou de tous autres actes modifiant l'état ou la capacité d'un étranger pour des raisons d'ordre purement politique : ceux-ci ne peuvent avoir aucun effet en France (3).

M. Pillet, D., 99. 1. 329, note de M. Bartin. — Paris, 23 mars 1899, D., 1900. 2. 21. — Orléans, 9 fév. 1900, S., 1902. 2. 241, D., 1902. 2. 415. — Chambéry, 10 juill. 1900, S., 1901. 2. 73, note de M. Pillet, D., 1902. 2. 418, *J. Clunet*, 1901, p. 146; 1903, p. 623. — Civ. cass., 29 juill. 1901, S., 1903. 1. 73, note de M. Naquet, D., 1902. 1. 249, *J. Clunet*, 1901, p. 971. — Crim. cass., 31 janv. 1902, S., 1903. 1. 247. — Trib. Laval, 12 avril 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 1044. — Req. rej., 27 janv. 1903, S., 1904. 1. 81, note de M. Pillet, D., 1903. 1. 249, *J. Clunet*, 1903, p. 623. — Cpr. Demolombe, I, n. 98; Mathieu-Bodet, *Rev. de droit fr. et étr.*, 1846, III, p. 542. — Civ. cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210, concl. de M. Dupin et rapp. de M. Sevin, D., 60. 1. 57. — *Contra :* Alauzet, *Statut pers. des étr. résidant en France*, p. 13; Mailher de Chassat, n. 236 s.

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 150, n. 35, et VIII, § 769 *ter*, p. 418, n. 10; Demolombe, I, n. 103; Laurent, I, n. 98, et *Dr. civ. intern.*, VI, n. 35, 37 et 107; Huc, I, n. 158; Weiss, p. 819 et 820; Despagnet, n. 196, 229 et 230; Surville et Arthuys, n. 434; Demangeat sur Fœlix, II, p. 108, note *a*, et *De la cond. des étr.*, p. 374; Bonfils, *Compét. des trib. fr.*, n. 257; Moreau, *Des effets en France des jugements étrangers*, p. 29; Duguit, *Conflits de lég. relatifs à la forme des actes*, p. 100; Brocher, *Cours de dr. intern. privé*, III, p. 160 s.; Ch. Daguin, *De l'autorité et de l'exécution des jugements étrangers*, 1887, p. 135 s.; Bressolles, *Rec. de l'Acad. de lég. de Toulouse*, 1883-84, XXXII, p. 265. — Civ. cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210, concl. de M. Dupin et rapp. de M. Sevin, D., 60. 1. 57 et note. — Paris, 2 mars 1868, S., 68. 2. 312. — Paris, 21 mai 1885, *J. Clunet*, 1885, p. 542. — Paris, 23 fév. 1888, *Pand. franç. pér.*, 88. 2. 111. — Trib. Seine, 4 fév. 1897, sous Paris, S., 1900. 2. 41, note de M. Audinet, D., 98. 2. 360, note de C. C. — Trib. Seine, 18 nov. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 103. — Trib. Clermont (Oise), 27 fév. 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 833. — Paris, 6 avril 1903, D., 1904. 2. 273, et note de M. Leloir. — Civ. rej., 21 juillet 1903, S., 1903. 1. 449, D., 1903. 1. 594, *J. Clunet*, 1904, p. 138. — Cpr. Surville, *Rev. crit.*, 1901, p. 149. — Cf. cep. Garsonnet, *Traité de proc. civ.*, 2e éd., 1898-1904, VIII, p. 205, § 2953; Chauveau sur Carré, quest. 1899 *bis*. — Pau, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 233, D., 75. 2. 193 et note. — Trib. Seine, 15 déc. 1897, D., 98. 2. 496. — Cf. *supra*, n. 200.

(2) Cf. *infra*, n. 773 s.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 152 et 153, n. 41 à 42 *bis*; Demante, I, n. 54 *bis*,

207. Par une application singulière du principe, il semblerait que le statut personnel des étrangers dût être régi par la loi du pays où ils sont domiciliés, et conséquemment, s'ils le sont en France, par la loi française, toutes les fois que, d'après leur propre législation, comme peut-être en Angleterre, ce statut doit être régi par la loi de leur domicile. Et c'est effectivement ce que décide, avec nombre d'auteurs, une jurisprudence assez ferme. Au point de vue logique, cette solution lui paraît imposée par le respect de la législation qui, seule compétente pour déterminer la condition des personnes soumises à son autorité, croit devoir, en s'écartant elle-même, renvoyer à une autre loi. Au nom de quel intérêt cette dernière ferait-elle abstraction des décisions de la loi nationale des intéressés, en tenant ce renvoi comme non avenu, du moment que son propre ordre public international ne serait pas en cause, et voudrait-elle les assujettir obligatoirement aux prescriptions de leur loi personnelle, alors que celle-ci abdiquerait spontanément sous ce rapport la souveraineté ? Enfin les avantages de cette solution ne seraient pas moindres, prétend-on, au point de vue utilitaire, puisque la décision du juge saisi aurait d'autant plus de chances d'être rendue exécutoire à l'étranger qu'elle serait ainsi conforme à celle qu'aurait rendue le tribunal étranger, si le litige avait été porté devant lui (1).

Mais un parti très important dans la doctrine, vers l'opinion

IV; Weiss, p. 436 et 437 ; Despagnet, n. 229 et 230; Fuzier-Herman, art. 3, n. 47. — Paris, 16 janv. 1836, S., 36. 2. 70, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 466. — Paris, 26 nov. 1850, S., 50. 2. 666, D , 51. 2. 43. — Trib. Seine, 7 mars 1873, *J. Clunet*, 1875, p. 20.

(1) Huc, I, n. 141; Weiss, p. 282, et *Traité théor. et prat. de dr. intern. privé*, III, p. 77; de Vareilles-Sommières, *Synthèse du dr. intern. privé*, Paris, 1898, II, n. 786 *bis;* Brocher, *Dr. intern. privé*, I, p. 167; Rolin, *Principes du dr. intern. privé*, I, n. 105; Chausse, *Rev. crit.*, 1888, XVII, p. 196, et *J. Clunet*, 1897, p. 23. — Civ. cass., 24 juin 1878, S., 78. 1. 429, D., 79. 1. 56. — Toulouse, 22 mai 1880, S., 80. 2. 294, D., 81. 2. 93. — Req. rej., 22 fév. 1882, S., 82. 1. 393, rapp. de M. Demangeat et note de M. Labbé, D., 82. 1. 301 et note. — Paris, 23 mars 1888, S., 88. 2. 131, D., 89. 2. 117. — Paris, 25 nov. 1891, *J. Clunet*, 1892, p. 471. — Trib. Seine, 6 avril 1894, S., 99. 2. 105. — Trib. Pontoise, 11 juill. 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 105. — Trib. Seine, 26 juill. 1894, *J. Clunet*, 1894, p. 1007. — Trib. Pau, 19 avril 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 858. — Trib. Pau, 19 avril 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 875. — Trib. Pau, 28 juill. 1904, *J. Clunet*, 1905, p. 195.

duquel nous inclinons fortement après une nouvelle étude de la question, tient pour l'application des dispositions de droit interne de la loi personnelle des étrangers et n'admet pas que le juge français puisse déférer au renvoi. Et d'abord il a été péremptoirement démontré qu'il était vain de chercher à assurer partout à son jugement futur, en acceptant ce renvoi, des effets extraterritoriaux. Comment y parvenir, alors que, d'une part, il serait susceptible d'être exécuté dans des pays différents, où les conflits de lois pourraient être résolus de façons très diverses, et que, d'autre part, il n'en est aucun parmi eux qu'on puisse considérer comme le pays de la « principale exécution », c'est-à-dire comme étant celui où il pourrait être « plus naturellement et plus complètement invoqué en fait que partout ailleurs »? Puis, à se préoccuper ainsi exclusivement de l'efficacité de la décision à intervenir, on tournerait nécessairement dans un cercle vicieux, puisque, si le juge français devait faire prévaloir sur les règles de conflit de sa propre loi les règles de la loi étrangère, le juge étranger, saisi à sa place, devrait de son côté préférer à ces dernières les règles de la loi française, de telle sorte qu'on aboutirait encore à cette absurdité que chacun des juges appliquerait précisément la législation que ses propres règles de conflit lui ordonnaient d'écarter!

Mais c'est surtout dans son principe même que le système du renvoi est contestable. Il prête en effet au législateur du pays où le rapport doit être réglé un désintéressement et une indifférence qui constitueraient de sa part une véritable abdication de souveraineté. Il s'en remettrait tout à fait à la loi étrangère du soin de résoudre le conflit, s'il était vrai que le juge saisi dût, dans la détermination de la règle applicable, se conformer aux principes de cette loi, au lieu d'obéir à la sienne : mais au nom de quoi celle-ci serait-elle ainsi primée par l'autre ? Si les conflits de loi sont réellement des conflits de souverainetés, celle du pays de la *lex fori* exige au contraire absolument que, lorsque telle est sa prescription, l'état et la capacité de chaque individu, national ou étranger, soient régis par les dispositions de droit interne de sa loi personnelle. La règle de conflit qu'elle pose ainsi l'emporte

naturellement sur la règle de droit international qui serait écrite dans cette dernière loi et renverrait peut-être à la loi du domicile, car toutes les considérations sur lesquelles est fondée cette prescription requièrent alors que nul ne puisse y échapper, sous quelque prétexte que ce soit. Veut-on supposer d'ailleurs, au contraire, que c'est aux dispositions de droit international, et non de droit interne, de la loi étrangère que la *lex fori* a entendu se référer, et qu'elle accepte ainsi la règle applicable de la main du législateur étranger ? Mais cette supposition devrait pareillement être admise en ce qui concerne la loi étrangère, et force serait alors de reconnaître qu'elle-même a fait un renvoi aux règles de conflit de la *lex fori,* de telle sorte que la solution, de renvoi en renvoi, resterait sans issue. Dira-t-on, pour sortir de cette impasse, que la loi étrangère entend exiger l'application des dispositions de droit interne de cette dernière loi? Mais pourquoi cette exigence ne serait-elle pas aussi celle de la *lex fori,* en ce qui concerne les dispositions, relativement à l'état et à la capacité, de la loi personnelle de l'étranger? Peu importe donc que la souveraineté étrangère consente à abdiquer, dans le règlement du rapport, en faveur d'une autre loi : c'est la souveraineté même du pays du juge qui exige que, nonobstant le renvoi, la loi du domicile soit écartée au profit de la loi étrangère elle-même (1).

208. La règle qui vient d'être posée, en ce qui concerne l'étranger, comporte-t-elle des exceptions ?

Il en est une qui est certaine : l'étranger ne peut jamais réclamer en France l'application de celles de ses lois personnel-

(1) Despagnet, n. 106; Surville et Arthuys, *Dr. intern. privé*, n. 30; Audinet, *Principes du dr. intern. privé*, n. 324; Bartin, *op. cit.*, p. 83 s.; Loyseau, *Du domicile comme principe de compétence législ.*, p. 189; Laurent, S., 1881. 4. 41; Labbé, *J. Clunet*, 1885, p. 5 s. et note précitée; Chrétien, *J. Clunet*, 1886, p. 174, note 2; Lainé, *J. Clunet*, 1894, p. 247, et 1896, p. 241 et 481; Pillet, *J. Clunet*, 1894, p. 721; Tournade, *J. Clunet*, 1895, p. 488; Surville, *Rev. crit.*, 1899, XXVIII, p. 215 s. — Trib. Seine, 10 févr. 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 530. — Trib. Dieppe, 2 avril 1896, D., 98. 2. 281, note de M. Bartin. — Cpr. Paris, 31 juill. 1895, S., 99. 2. 105, note de M. Audinet. — Cf. P. Fiore, *Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé, J. Clunet*, 1902, p. 424 s., 681 s.; Ligeoix, *La théorie du renvoi et la nature juridique des règles du droit internat. privé, J. Clunet*, 1903, p. 481 s.; Asser, *J. Clunet*, 1905, p. 187.

les qui sont contraires à nos principes d'ordre public international [1]. Cette exception se justifie naturellement par le droit primordial pour chaque Etat de faire respecter chez lui les principes qu'il considère comme essentiels au maintien de son existence, et elle doit être appliquée notamment à la prohibition de la polygamie, du mariage entre proches parents, de la recherche de la paternité naturelle, et aussi aux incapacités dont un étranger serait atteint à raison de sa race, de sa profession, de ses opinions religieuses, etc. [2].

209. Il est une autre exception qu'admettent beaucoup d'auteurs et que, pour notre part, nous repoussons. On lui a donné d'ailleurs une portée plus ou moins grande. D'après les uns [3], les étrangers ne seraient plus régis par leur loi nationale, toutes les fois que l'application de celle-ci, dans leurs rapports avec des Français, aurait des conséquences préjudiciables à ces derniers. L'étranger, par exemple, qui aurait traité avec un Français, ne pourrait pas se prévaloir, vis-à-vis de celui-ci, de son incapacité telle qu'elle résulte de sa propre loi, pour demander la nullité d'un acte qu'il était capable de faire d'après la loi française. Les autres [4] ne

[1] Cf. *infra*, n. 272 s.

[2] Aubry et Rau, I, § 31, p. 145, et p. 150, n. 33 et 34; Demolombe, I, n. 100; Laurent, I, n. 85; Surville, I, n. 70; Weiss, p. 436 et 437; Despagnet, n. 231; Surville et Arthuys, n. 150; Bertauld, *Quest. pratiques*, I, n. 23 s.; Fuzier-Herman, art. 3, n. 23 s., et n. 46 s. — Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342, D., 67. 2. 41. — Req. rej., 25 mai 1868, S., 68. 1. 365. — Bruxelles, 17 avril 1889, D., 90. 4. 6, D., 92. 2. 46. — Aix, 27 mars 1890, sous Cass., 25 oct. 1892, S., 93. 1. 505, D., 91. 2. 13. — Paris, 3 août 1898, D., 99. 2. 70. — Civ. cass., 17 janv. 1899, S., 99. 1. 177, note de M. Pillet, D., 99. 1. 329, note de M. Barlin. — Aix, 23 janv. 1899, *J. Clunet*, 1901, p. 104. — Orléans, 9 fév. 1900, S., 1902. 2. 141, D., 1902. 2. 415. — Trib. Seine, 11 juin 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 841. — Trib. Seine, 28 juin 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 812. — Trib. Marseille, 21 fév. 1902, D., 1902. 2. 198, *J. Clunet*, 1904, p. 188. — Paris, 14 mai 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 841. — Cpr. Cass. Turin, 21 nov. 1900, S., 1904. 4. 13, *J. Clunet*, 1901, p. 392, et note de M. A. Chrétien. — Gand, 24 déc. 1902, D., 1904. 2. 417. — Cf. Surville, *Rev. crit.*, 1901, p. 136. — *Contra :* pour certaines de ces prohibitions, Beudant, *Introd.*, n. 164. — Cf. en ce qui concerne l'application aux indigènes de certaines colonies françaises de leurs lois spéciales, même contraires à notre ordre public, Despagnet, n. 231.

[3] Valette sur Proudhon, I, p. 85 s.; de Fréminville, *De la minorité*, I, n. 4; Demangeat, *op. cit.*, n. 82. — Paris, 15 oct. 1834, S., 34. 2. 657. — Civ. rej., 18 fév. 1873, S., 73. 1. 13, D., 73. 1. 297, concl. de M. Blanche.

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 6, n. 6; Aubry et Rau, I, § 31, p. 145, n. 25; p. 146 s.,

veulent écarter la loi étrangère que tout autant que le Français qui est entré en relations avec l'étranger et qui aurait à souffrir de son incapacité, a commis sur la condition juridique de celui-ci une erreur excusable et est exempt de toute imprudence : ce qui aurait lieu notamment si l'étranger avait en France une longue résidence ou un établissement de commerce, ou encore si les engagements pris par lui avaient pour but de subvenir à son entretien personnel.

L'argument qui sert de point de départ commun à ces deux doctrines est le suivant : le code civil ne contenant pas, en ce qui touche le statut personnel des étrangers, de disposition analogue à celle de l'art. 3, al. 3, qui ne vise que les Français, il en résulte que le juge jouit d'une certaine latitude pour régler l'état ou la capacité des étrangers en France. S'il doit appliquer, en principe, leur loi nationale, il ne doit pourtant le faire qu'avec les restrictions que réclame la protection due aux intérêts de nos nationaux. Mais, d'accord sur ce point, les auteurs se séparent lorsqu'il s'agit de mesurer exactement l'étendue des restrictions que commandent ces intérêts : les uns entendent les sauvegarder dans tous les cas où ils peuvent être compromis, quelque légèreté qu'il y ait à reprocher aux Français qui ont traité avec des étrangers, tandis que les autres ne consentent à venir au secours de nos nationaux que tout autant qu'aucune faute ne leur est imputable.

Nous ne saurions nous rallier ni à l'une ni à l'autre de ces deux opinions, qui nous semblent également arbitraires, quoique la dernière soit plus raisonnable. S'il est vrai, comme nous l'avons reconnu, que l'art. 3, al. 3, consacre, quant au statut personnel des étrangers, la même règle que celle à laquelle les Français sont soumis, cette règle doit avoir dans les deux cas des effets identiques, et il importe peu qu'elle

n. 29-32; p. 152, n. 38 et 39, et p. 153 et 154, n. 43 et 44; Demolombe, I, n. 102; Duranton, I, n. 93; Fuzier-Herman, art. 3, n. 38 s. — Req. rej., 16 janv. 1861, S., 61. 1. 306, note de M. Massé, D., 61. 1. 193 et note. — Paris, 8 fév. 1883, S., 83. 2. 169 et note, D., 84. 2. 24. — Trib. Seine, 1er juill. 1886, *Le Droit*, 7 juillet. — Paris, 16 nov. 1898, D., 99. 2. 177. — Cpr. Mathieu-Bodet, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1846, III, p. 542. — Paris, 6 janv. 1855, S., 55. 2. 37, D., 55. 2. 169.

résulte explicitement du texte dans le second et d'une façon seulement implicite dans le premier. Or l'exception proposée est inadmissible lorsqu'il s'agit d'apprécier la capacité du Français qui a traité avec un des nationaux du pays étranger où il réside : elle ne l'est pas moins lorsqu'un étranger a traité en France avec un Français. Admettre cette exception, ne serait-ce pas d'ailleurs exposer nos nationaux eux-mêmes à se la voir, par une juste mesure de rétorsion, opposer à l'étranger ? Elle est enfin contraire à ce principe fondamental que chacun doit s'enquérir de la capacité de ceux avec lesquels il traite et supporter les conséquences de son erreur à cet égard [1]. Dira-t-on que cette recherche est des plus difficiles, sinon impossible, pour le Français, lorsqu'elle porte sur la capacité d'un étranger? Sans doute, mais elle ne l'est souvent pas moins lorsqu'il s'agit de la capacité d'un Français, en l'absence d'une publicité réellement efficace donnée à tous les événements qui sont de nature à influer sur l'état et la capacité d'un individu. Il n'y aurait donc pas de raisons sérieuses pour s'écarter du droit commun. Il permet d'ailleurs de priver l'étranger du droit de se prévaloir de son incapacité, lorsqu'il s'est rendu coupable d'un dol ayant pour but de la dissimuler et que ce but a été atteint (arg. art. **1310** C. civ.) [2]. Il semble même que la preuve d'un dol proprement dit ne devrait pas être exigée du Français qui aurait traité avec un étranger dans l'ignorance du jugement qui modifiait la capacité de ce dernier, du moins dans le cas où il n'avait aucun moyen sérieux de le connaître [3].

210. 3° *Loi qui régit l'état et la capacité des personnes qui ont deux nationalités et de celles qui n'en ont aucune.* —

(1) L. 19, pr., D., *De reg. juris*, 50. 17.

(2) Fœlix, *op. cit.*, n. 88; Laurent, I, n. 84; Huc, I, n. 152-155; Beudant, *Introd.*, n. 164; Despagnet, n. 232; Weiss, p. 276 s.; Surville et Arthuys, n. 151; Barlin, *op. cit.*, p. 194 s.; Rougelot de Lioncourt, *op. cit.*, p. 49 s.; Nouguier, *De la lettre de ch.*, 4e éd., Paris, 1875, I, n. 1413 s.; Esperson, *J. Clunet*, 1880, p. 259; Martin, *J. Clunet*, 1883, p. 32; Renault, *Rev. crit.*, 1884, XIII, p. 721; Surville, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 482 s. — Trib. Seine, 2 juill. 1878, *J. Clunet*, 1878, p. 502. — Cpr. Aix, 4 mars 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 1202. — Paris, 4 mars 1890, *eod. loc.*, 1891, p. 205. — Civ. rej., 23 fév. 1891, *Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-1891. 1. 375. — Trib. Seine, 5 avril 1895, *eod. loc.*, 1895, p. 607.

(3) Aubry et Rau, I, § 31, p. 152, n. 38. — Paris, 20 mars 1890, D., 92. 2. 79.

Lorsqu'une personne a, ce qui peut arriver, deux nationalités, si l'une de celles-ci est la nationalité française, l'art. 3, al. 3, est seul applicable : aux yeux de notre loi, cette personne est française, et elle doit être dès lors traitée comme telle. — Que si ses deux nationalités sont étrangères, on admet en général, conformément au projet de résolution présenté en 1874 à la session de l'Institut de droit international tenue à Genève et à la décision qu'il a prise dans sa session d'Oxford, en 1880 (1), que son statut personnel est régi par la loi de son domicile, à laquelle il faut en revenir en ce cas, comme s'il s'agissait des conflits qui s'élevaient autrefois entre deux coutumes.

C'est également par la loi de son domicile qu'est régi le statut personnel de l'individu qui n'a pas de nationalité du tout ou dont la nationalité est inconnue (2).

III. *Conflits des lois relatives aux biens.*

211. Il ne sera traité ici des conflits des lois relatives aux biens qu'en tant que les biens sont envisagés individuellement et comme objets particuliers. C'est dans le *Traité des successions* que sont étudiés ces conflits en tant que les biens sont considérés comme dépendant d'une universalité juridique et compris dans une hérédité (3).

Les lois qui nous occupent font partie du statut réel. Si on se réfère, en effet, à l'ancienne distinction, il faut considérer comme rentrant dans ce statut toutes les lois qui ont pour objet exclusif ou principal de régler la condition juridique des biens, alors même qu'accessoirement elles ont trait aux personnes (4).

212. L'art. 3, al. 2, n'a statué que sur les conflits des lois

(1) *Rev. de dr. intern.*, 1874, VI, p. 610; *Annuaire de l'Institut*, 1882, V, p. 45 s.

(2) Cpr. Aubry et Rau, *loc cit.*, p. 144, n. 24 *in fine;* Laurent, I, n. 86 et 369 s.; Huc, I, n. 142 et 143; Despagnet, n. 232; Weiss, p. 282; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1885, p. 389 s. — Cf. Trib. Seine, 23 fév. 1883, *J. Clunet*, 1883, p. 388. — Trib. Seine, 16 juill. 1886, *J. Clunet*, 1886, p. 707. — Trib. Nantes, 28 nov. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 590.

(3) Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des successions*, 3e édit., 1905, I, n. 839 s.

(4) Aubry et Rau, I, § 31, p. 135, n. 8; Fuzier-Herman, art. 3, n. 50.

relatives aux immeubles, et même il n'a posé de règle explicite qu'en ce qui concerne les immeubles situés en France. Il décide que notre loi régit tous les immeubles situés en France, qu'ils appartiennent à des Français ou à des étrangers. Mais tout le monde s'accorde à reconnaître que, par une juste réciprocité et par identité de motifs, les immeubles situés en pays étranger sont régis par la loi étrangère, même quand ils appartiennent à des Français [1]. En d'autres termes, les immeubles sont toujours régis, au point de vue qui nous occupe, par la loi du lieu de leur situation, *lex rei sitæ*, et ils n'y échappent pas en changeant de propriétaire. Le statut réel a une force purement, mais absolument territoriale.

La raison en est que le droit de souveraineté, dans chaque Etat, s'étend, non seulement aux personnes, mais encore au territoire, « base matérielle de l'Etat ». Ce droit est indivisible, c'est-à-dire qu'il s'applique nécessairement à tous les immeubles qui composent le territoire, et cette indivisibilité serait brisée si les lois relatives aux immeubles variaient, dans un même Etat, suivant la nationalité de leurs propriétaires. Enfin et surtout la condition juridique des biens est en rapport direct et immédiat avec l'organisation politique, sociale, économique, du pays où ils sont situés : admettre l'application d'une loi étrangère, ce serait risquer de porter atteinte à cette organisation [2].

213. Cette dernière considération sur le fondement de la règle de l'art. 3, al. 2, présentant une force égale en matière mobilière, doit prévaloir sur le silence du code relativement aux meubles et conduit à décider que ceux-ci sont pareillement régis par la loi du lieu de leur situation. Vainement objecterait-on que les meubles n'ont pas de situation propre : *mobilia sequuntur personam, ossibus personæ cohærent*. Ces anciens adages, qui ne s'appliquèrent peut-être jamais qu'à la transmission *per universitatem* des meubles [3], expriment

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 154, n. 45, et p. 155; Demolombe, I, n. 90 et 93; Demante, I, n. 10 *bis*, I; Laurent, I, n. 78; Huc, I, n. 116; Beudant, *Introd.*, n. 155. — Cpr. Civ. cass., 16 déc. 1873, *J. Clunet*, 1875, p. 117.

(2) Portalis, 2e *Exp. des mot.*, Locré, *Lég.*, I, p. 581 s., n. 14 et 15.

(3) Cf. Lainé, *Introd. au dr. intern. priv.*, Paris, 1892, II, p. 253 s.

une contre-vérité en ce qui concerne les meubles individuellement envisagés, qui ont, en fait et à chaque instant, une situation déterminée, quoique celle-ci soit susceptible de varier très souvent et que, partant, elle soit difficile parfois à découvrir (1).

214. La règle commune aux meubles et aux immeubles peut donc être ainsi formulée : les biens, individuellement envisagés, sont régis par la loi du lieu de leur situation, quelle que soit la nationalité de celui qui en est propriétaire, possesseur ou détenteur.

Ainsi, c'est d'après cette loi que se déterminent :

1° La nature mobilière ou immobilière des biens (2).

2° Les droits réels dont ces biens sont susceptibles, gage, privilèges, hypothèques, servitudes, etc. Par exemple, un étranger ne peut pas, sous prétexte que les lois de son pays l'y autorisent, établir sur les immeubles dont il est propriétaire en France des servitudes contraires à la loi française (art. 686), ou les grever d'une hypothèque générale en violation de l'art. 2129, ou réclamer sur ces immeubles des droits que ne reconnaît pas notre loi (3).

3° Les modes de constitution, de conservation, de transmission à titre particulier, tout au moins à l'égard des tiers, et

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 6, n. 3; Aubry et Rau, I, § 31, p 158, n. 51; Demolombe, I, n. 96; Duranton, I, n. 90; Laurent, I, n. 117 et 121; Huc, I, n. 130 et 131; Beudant, *Introd.*, n. 164; Planiol, I, n. 191; Surville, I, n. 71; Mailher de Chassat, n. 63; Bertauld, *op. cit.*, I, n. 11; Demangeat, *op. cit.*, n. 83; Dubois, *Conflit des lois fr. et étr.*, n. 44; Bartin, *op. cit.*, p. 196. — Paris, 21 août 1882, S., 83. 2. 47, D., 84. 1. 265. — Trib. Seine, 19 fév. 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 621. — Montpellier, 9 mai 1890, S., 92. 2. 240, D., 91. 2. 197. — Douai, 11 déc. 1891, D., 94. 2. 193, note de M. de Boeck. — Douai, 7 janv. 1892, *J. Clunet*, 1894, p. 1005. — *Contra :* Demante, I, n. 10 et 10 *bis*, II; Barde, *op. cit.*, p. 110. — Cpr. Weiss, p. 579 s.; Despagnet, n. 393 s.; Surville et Arthuys, n. 162 s.; Fuzier-Herman, art. 3, n. 54 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 135, n. 10 *bis;* Demante, I, n. 10 *bis*, III; Huc, I, n. 117 et n. 132-1°; Beudant, *Introd.*, n. 155; Planiol, I, n. 189; Surville, I, n. 71; Weiss, p. 280, 589 et 590; Despagnet, n. 398. — Civ. rej., 5 avril 1887, S., 89. 1. 387 et note, D., 88. 1. 65.

(3) Aubry et Rau, I, § 31, p. 135, et p. 155 et 156, n. 45 *bis*, *ter* et *quater;* Demolombe, I, n. 77 et 96; Duranton, I, n. 82; Huc, I, n. 119 et 132-2°; Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.* — Cf. Despagnet, n. 399 s. et 405 s.; Weiss, p 597 s. — Civ. rej., 4 avril 1881, S., 83. 1. 65, D., 81. 1. 381. — Douai, 11 déc. 1891, D., 94. 2. 193, note de M. de Boeck.

d'extinction des droits portant sur ces biens [1]. Par exemple, un effet à ordre sera valablement endossé en blanc au profit d'un Français dans le pays où il a été créé, si ce pays considère un pareil endossement comme régulier [2]. De même la règle de l'art. 2279, « en fait de meubles la possession vaut titre », est applicable aux meubles corporels qu'un étranger possède en France [3].

4° Le régime légal de la propriété, mobilière ou immobilière : charges fiscales, restrictions de toutes sortes apportées à l'exercice du droit de propriété, règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique, conditions et effets de la possession, droit de déshérence de l'Etat, etc. [4].

5° Les règles sur les voies d'exécution [5].

IV. *Conflits des lois relatives à la forme des actes* [6].

215. On ne s'occupe ici que des conflits des lois relatives à la forme ou aux formalités extrinsèques des actes (actes juri-

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 135, n. 10 *ter;* p. 156, n. 46 et 46 *bis ;* p. 158, n. 51; Demante, *loc. cit.;* Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit. ;* Despagnet, n. 395; Bartin, *op. cit.*, p. 196. — Cf. Civ. cass., 16 déc. 1873, *J. Clunet*, 1875, p. 117. — Paris, 24 fév. 1874, *J. Clunet*, 1876, p. 185. — Req. rej., 13 fév. 1884, S., 84. 1. 225, rapp. de M. Lepelletier, D., 84. 1. 265. — Trib. com. Seine, 5 mars 1892, *J. Clunet*, 1892, p. 166. — Trib. Seine, 10 janv. 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 596.

[2] Despagnet, n. 213 et 338; Weiss, p. 658; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commerc.*, I, n. 1313; Fuzier-Herman, art. 3, n. 129 s. — Req. rej., 20 mai 1885, S., 88. 1. 262, D., 86. 1. 82.

[3] Aubry et Rau, I, § 31, p. 158, n. 51, et § 78, p. 508, n. 41; Demolombe, I, n. 77; Laurent, I, n. 121; Huc, I, n. 120 et n. 132-3°; Surville, *loc. cit.;* Beudant, *Introd.*, n. 164. — Req. rej., 19 mars 1872, S., 72. 1. 238, D., 74. 1. 465. — Douai, 7 janv. 1892, *J. Clunet*, 1894, p. 1005. — Trib. Seine, 21 déc. 1895, sous Cass., D., 1900. 1. 45. — Cpr. Weiss, p. 590 s.; Despagnet, n. 420.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 156; Demolombe, I, n. 96; Laurent, I, n. 121; Huc, I, n. 116, 120 et 133; Despagnet, n. 394 et 404; Weiss, p. 589. — Cass., 19 mars 1872, S., 72. 1. 238, D., 74. 1. 465. — Civ. cass., 18 mars 1895, S., 96. 1. 449, note de M. Audinet. — Civ. rej., 21 janv. 1901, S., 1902. 1. 401, note de M. Wahl. — Trib. Avranches, 29 mai 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 878. — Trib. Millau, 25 juin 1902, S., 1904. 2. 320.

[5] Aubry et Rau, I, p. 136, n. 12; p. 156 et p. 158, n. 51; § 78, p. 509, n. 42; Demolombe, I, n. 77 et 96; Laurent, I, n. 121; Huc, I, n. 120; Beudant, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.;* Despagnet, n. 187; Fuzier Herman, art. 3, n. 94. — Cpr., en ce qui concerne les navires, Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1903, p. 529.

[6] Duguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, Paris,

diques ou actes instrumentaires), c'est-à-dire aux conditions légales auxquelles est subordonnée leur manifestation extérieure.

Or, à cet égard, la règle est contenue dans cet adage : *locus regit actum ;* les actes juridiques sont régis, au point de vue de la forme, par la loi du lieu où on les fait. Ce fut Dumoulin (1) qui, malgré l'opposition de Cujas (2), fit triompher ce principe, dégagé au XIVe siècle par Bartole, et placé par lui sous le couvert de l'autorité des L. 6, *De evictionibus*, D., 21, 2, et 2, *quemadm. aper. testam.*, C., 6, 32. Au XVIIIe siècle il n'était plus contesté (3), et Boullenois en donne cette piquante formule : « l'acte juridique est un enfant citoyen du lieu où il est né, et qui doit être vêtu à la manière de son pays » (4).

216. L'intérêt commun des nations a fait admettre cette règle, sans laquelle il pourrait devenir impossible à des hommes qui se trouvent hors de leur patrie d'accomplir valablement certains actes de la vie civile. C'est ce qui arriverait si, dans le pays où ils se trouvent, les officiers publics dont leur loi nationale exige l'intervention, n'existaient pas, ou si, y existant, ils n'avaient pas qualité, d'après la loi à laquelle ils doivent leur investiture, pour recevoir l'acte pour lequel on réclame leur ministère. Et dans le cas même où il serait matériellement possible aux parties de se conformer, à l'étranger, aux prescriptions de leur propre loi, on les exposerait à de fréquents mécomptes si on leur refusait la faculté de procéder dans les formes de la loi du lieu où elles se trouvent. N'est-ce point à cette loi, en effet, que les renverraient ou que se conformeraient le plus souvent les praticiens du pays

1882 ; Febvre, *De la forme des actes en droit civil international* (thèse, Paris), 1885 ; Soldan, *Rev. gén. du dr.*, 1883, VII, p. 231 ; Lacanal. *eod. loc.*, 1884, VIII, p. 393 et 502 ; Despagnet, *Rev. prat. de droit international privé*, 1890-91, II, p. 52 s.

(1) *In lege* 1a *de Verb. Obl.*, n. 39-40, *Opera*, III, p. 64 et 65, Paris, 1681.

(2) Cujas, *Observ.*, Liv. 14, ch. XII, Lyon, IV, col. 1710.

(3) Bouhier, I, ch. XXVIII, n. 41-44, et n. 64-65.

(4) *Traité de la person.*, I, n. 493. — Cf. Lainé, *Introd. au dr. inter. privé*, I, p. 151, et II, p. 328; Despagnet, n. 211; Weiss, p. 250, n. 2, et p. 263; Duguit, *op. cit.*, p. 8 s., et p. 26 s.

auxquels elles s'adresseraient pour s'éclairer ou pour faire dresser l'acte qui les intéresse [1] ?

217. Cette règle, qui a ainsi pour but de faciliter les relations internationales, n'a pas été expressément consacrée par le code civil. L'art. 5 du premier projet du titre préliminaire, devenu plus tard l'art. 4, qui la formulait, disparut de la rédaction définitive, non pas tant, ainsi qu'on l'a répété, comme pouvant donner lieu à des interprétations erronées, que parce qu'on jugea qu'il convenait de le placer ailleurs [2]. Effectivement les art. 47, 170 et 999 C. civ., constituent autant d'applications du principe, qui prouvent qu'il a été admis dans notre droit, quoiqu'il y ait été dérogé complètement, sans bons motifs au reste, dans l'art. 2128, et partiellement dans l'art. 999 lui-même [3].

218. Quelle est la portée de ce principe? Il s'applique aux actes juridiques et aux actes instrumentaires.

1° Il s'applique d'abord aux actes juridiques (*negotia*), c'est-à-dire aux conventions, dispositions, déclarations et aveux.

D'après l'opinion générale, il régit aussi bien les actes solennels que ceux qui ne le sont pas. Certains auteurs [4] sont pourtant d'un avis contraire : selon eux, les actes pour la validité desquels la loi française exige la rédaction d'actes authentiques (reconnaissance d'enfant naturel, donation entre vifs, etc.), devraient pareillement être faits à l'étranger dans la forme authentique, telle, il est vrai, qu'elle serait constituée dans la législation étrangère, quoique celle-ci se contentât de simples actes sous seing privé. D'une part, disent-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 6, n. 7 et 8; Aubry et Rau, I, § 31, p. 167, n. 70; Demolombe, I, n. 105-3°; Demante, I, n. 10 *bis*, V; Duranton, I, n. 91; Laurent, I, n. 80; Huc, I, n. 167; Beudant, *Introd.*, n. 156; Planiol, I, n. 194; Surville, I, n. 72; Despagnet, n. 212; Weiss, p. 153 et 254; Surville et Arthuys, n. 186; Fuzier-Herman, art. 3, n. 116 s.

[2] Locré, *Lég.*, I, p. 380, art. 5; p. 400, n. 11; p. 413, n. 1 et 6; Berlier, *Disc. au C. lég.*, p. 556, n. 19; *Notice hist.*, p. 368. — Cf. Weiss, p. 281, note 1.

[3] Cf. Paris, 2 déc. 1898, S., 1900. 2. 185, note de M. Audinet, D., 99. 2. 177, note de M. Claro.

[4] Duranton, I, n. 91; Delvincourt, I, p. 11, note 4; Laurent, I, n. 99, et *Dr. civ. intern.*, II, n. 241; Duguit, *op. cit.*, p. 95 et 115; Demangeat, *De la cond. des étr.*, p. 340; Bertauld, *op. cit.*, I, n. 154. — Paris, 2 août 1876, *J. Clunet*, 1877, p. 230. — Cpr. P. Fiore, *Le Droit intern. privé*, trad. Antoine, Paris, 1890, I, n. 230 s.

ils, la règle doit être restreinte à la mesure de la nécessité : or on trouvera partout des officiers publics qui pourront recevoir un acte authentique, du moins dans les formes fixées par leur loi. D'autre part, la forme est pour les actes solennels une condition de leur existence et comme telle doit être rangée plutôt parmi les conditions de fond de ces actes que parmi leurs formalités extrinsèques.

Cette dernière proposition semble d'abord tout-à-fait erronée. L'acte authentique ne se sépare de l'acte sous seing privé que par des différences de forme : c'est donc bien, en définitive, d'une question de forme qu'il s'agit, ce qui suffit pour l'application de la règle. L'écarter ici, ce serait d'ailleurs rendre parfois impossible à l'étranger l'accomplissement de certains actes, par exemple d'une donation entre vifs. La solennité de la donation ne consiste pas seulement, en effet, comme on paraît le supposer, en ce qu'elle doit, à peine de nullité, être passée par acte authentique, mais bien en ce qu'elle doit être constatée par acte notarié et qu'elle nécessite ainsi l'intervention protectrice d'un officier public déterminé. Or, s'il est difficile d'imaginer un pays civilisé où on ne puisse pas faire dresser d'actes authentiques, il y en a dans lesquels il n'existe pas de notaire et où il serait, par suite, impossible à un Français de faire valablement une donation. Là même où ils existent, les officiers publics requis d'instrumenter pour un acte qui devait être fait, d'après leur loi, dans la forme sous seing privé, pourraient refuser leur ministère. Enfin, ce qui est péremptoire, la théorie que nous repoussons conduirait pour le mariage, c'est-à-dire pour un des actes qui devaient être le plus entourés de garanties, à des conclusions diamétralement opposées à l'art. 170 C. civ. [1].

219. Ainsi, en conséquence de la doctrine que nous avons admise, une reconnaissance d'enfant naturel, une donation entre vifs, un contrat de mariage peuvent être faits par des

[1] Aubry et Rau, I, § 31, p. 168, n. 70 ; Demolombe, I, n. 106 ; Huc, I, n. 168 ; Beudant, *Introd.*, n. 157 ; Despagnet, n. 213 ; Weiss, p. 252 et 253 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 334 ; Brocher, *Cours de dr. int. priv.*, II, p. 149 et 150 ; P. Fiore, *Dr. int. privé*, trad. Pradier-Fodéré, Paris, 1875, n. 317. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 189.

Français à l'étranger dans la forme sous seing privé, si la loi du pays où ils se trouvent les y autorise [1].

Ainsi encore le mariage peut valablement intervenir à l'étranger entre deux Français ou entre Français et étranger sans formalité aucune, sans écrit, si la loi du pays ne prescrit aucune forme de célébration [2].

Quant aux testaments, il existe une disposition spéciale (art. 999) [3].

220. 2° La règle *locus regit actum* s'applique aux actes instrumentaires (*instrumenta*), c'est-à-dire aux écrits qui ont pour objet de constater les actes juridiques. Ces actes instrumentaires sont valables par cela seul qu'ils ont été dressés conformément aux prescriptions de la loi du pays où ils ont été faits.

Cette proposition, indiscutable pour les actes authentiques ou publics, qui ne peuvent être évidemment passés que dans les formes tracées par la loi locale, n'est pas moins vraie des actes sous seing privé. On a objecté, à la vérité, que les parties, lorsqu'elles sont du moins toutes deux de même nationalité, peuvent parfaitement rédiger l'acte sous seing

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Donat. à cause de mort*, § 2; Aubry et Rau, I, § 31, p. 168 et 169, n. 72-74; VII, § 659, p. 85, texte et note 29; Demolombe, *loc. cit.*; Westlake, *J. Clunet*, 1881, p. 315; Chausse, *Rev. crit.*, 1887, XVI, p. 280 s.; Fuzier-Herman, art. 3, n. 118 et n. 124 s. — Civ. cass., 11 juill. 1855, S., 55. 1. 699, D., 56. 1. 9. — Req. rej., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317, D., 65. 1. 342. — Douai, 13 janv. 1887, S., 90. 2. 148 et note, D., 87. 2. 121 et note de M. de Boeck. — Paris, 27 mai 1892, S., 96. 2. 73, note de M. Pillet. — Paris, 26 fév. 1896, S., 98. 2. 238. — Req. rej., 2 août 1897, S., 1900. 1. 283, D., 98. 1. 377, note de M. de Loynes. — Civ. cass., 14 juin 1899, D., 1900. 1. 45. — Cpr. Alger, 2 mai 1898, D., 98. 2. 457, note de M. Bartin. — Cf. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 26; Demangeat, *op. cit.*, p. 341 s.; Duguit, *op. cit.*, p. 116; Beauchet, *J. Clunet*, 1884, p. 39. — *Contra* : pour les légitimations, Surville, *Rev. crit.*, 1903, p. 137.

(2) Aubry et Rau, V, § 468, p. 121; Demolombe, *loc. cit.*; Huc, I, n. 168; Laurent, III, n. 20. — Paris, 20 janv. 1873, S., 73. 2. 177, D., 73. 2. 59. — Req. rej., 8 juill. 1886, S., 87. 1. 449 et note de M. Labbé, D., 86. 1. 267. — Cf. notre tome III, n. 1604.

(3) Huc, *loc. cit.* — Cpr. civ. rej., 6 fév. 1843, S., 43. 1. 209, D., 43. 1. 208. — Aix, 11 juill. 1881, S., 83. 2. 249, note de M. Labbé. — Req. rej., 2 août 1897, précité. — Paris, 2 déc. 1898, S., 1900. 2. 185, note de M. Audinet. — Alger, 9 juin 1900, D., 1901. 2. 42. — Douai, 7 mai 1901, D., 1902. 2. 223, *J. Clunet*, 1901, p. 810. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et test.*, 3e éd., 1905, II, n. 2228 s.; Surville, *Rev. crit.*, 1900, p. 138.

privé d'après les prescriptions de leur loi nationale, et que dès lors elles le doivent, puisque les motifs de la règle disparaissent. Mais on a oublié ainsi, avec le véritable et complet fondement de celle-ci, qu'en fait l'acte sera très souvent l'œuvre de praticiens du pays, et non des parties elles-mêmes (1).

221. De notre règle il résulte que les actes sous seing privé faits à l'étranger, même par des Français, ne sont pas soumis à l'observation des formalités des doubles et du bon ou approuvé (art. **1325** et **1326** C. civ.), si la loi étrangère ne les impose pas (2).

Il en résulte encore que les modes de preuve d'un acte juridique sont déterminés par la loi du lieu où il a été fait (3).

Il en résulte enfin que la force probante d'un acte est déterminée, quant à sa nature et à son étendue, par la loi du pays où il a été rédigé, et non par la loi du lieu où son exécution est poursuivie (4).

222. Mais cette dernière proposition ne comporte-t-elle pas une réserve en ce qui concerne les conditions auxquelles un acte fait foi de sa date à l'égard des tiers? En d'autres termes, pour qu'un acte sous seing privé soit considéré comme ayant

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 167, n. 70, et p. 169, n. 75; Demolombe, I, n. 105; Laurent, I, n. 101; Huc, I, n. 169; Surville, I, n. 72; Beudant, *Introd.*, n. 158; Despagnet, n. 213; Weiss, p. 254 et 255; Surville et Arthuys, n. 190. — *Contra :* Prévôt de la Jannès, *Discours sur la distinction des statuts*, sect. 3, p. 80; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 26; Delvincourt, I, p. 11, note 4; Duguit, p. 54 s.; Lacanal, *Rev. gén. du droit*, 1881, VIII, p. 400.

(2) Cf. les autorités citées à la note précédente et Weiss, p. 625. — Chambéry, 11 fév. 1880, S., 81. 2. 237. — Cf. Civ. cass., 24 août 1880, S., 80. 1. 413, concl. de M. Desjardins, D., 80. 1. 447.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 170, n. 77 et 77 *bis;* Despagnet, n. 172 et 213. — Trib. Seine, 17 juin 1896, *J. Clunet*, 1902, p. 810. — Civ. cass., 14 juin 1899, S., 1900. 1. 225, note de M. Pillet. — Cpr. Trib. Toulouse, 28 nov. 1901, *J. Clunet*, 1903, p. 620. — Cf. la résolution de l'Institut de droit international, prise dans sa session de Zurich, en 1877, *Annuaire de l'Institut*, 1878, II, p. 151, art. 3. — Cpr. Beauchet, *J. Clunet*, 1891, p. 697.

(4) Merlin, *Quest.*, v° *Authentique* (acte), §§ 1 et 2; Aubry et Rau, I, § 31, p. 170, n. 76; Toullier, X, n. 78 et 79; Fœlix et Demangeat, *Tr. de dr. intern. privé*, I, p. 160; Despagnet, n. 213; Weiss, p. 625; Laurent, *Dr. civ. intern.*, VIII, n. 28; Bonnier, *Tr. des preuves*, II, n. 928. — Civ. cass., 24 août 1880, précité. — Cpr. Trib. Toulouse, 28 nov. 1901, précité. — Chambéry, 18 déc. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 790.

date certaine en France, ne faut-il pas qu'il soit survenu, soit dans notre pays, soit même à l'étranger, un des événements prévus par l'art. 1328 C. civ.? Cette question délicate divise la doctrine et la jurisprudence.

Celle-ci la résout par la négative. « L'acte passé à l'étranger, déclare-t-elle [1], est assujetti quant à sa forme, à ses conséquences et à son mode de preuve, aux prescriptions du pays où il est intervenu, sans qu'il y ait de distinction à faire entre le cas où le débat s'agite entre les parties contractantes et celui où l'acte est opposé aux tiers ». Il fait donc foi de sa date, même en France, aux conditions fixées par la loi étrangère. Ainsi la cour de cassation ne distingue pas, au point de vue de l'application de notre règle à la force probante d'un acte, suivant qu'il s'agit des rapports des parties entre elles ou de leurs rapports avec les tiers, et, quant à ces derniers, suivant qu'il s'agit d'apprécier la nature ou l'étendue de cette force probante en général ou ses effets particuliers pour la preuve de la date. L'acte passé en pays étranger et qui y est réputé authentique, ne doit-il pas être en France considéré comme tel *erga omnes*, lors même que sa rédaction n'aurait présenté aucune des garanties dont elle est chez nous entourée? Et cependant le crédit public serait, au premier chef, intéressé à ce que la foi due à un acte public ne fût pas usurpée par un titre qui n'a pas été dressé, aux yeux de notre législateur, dans des conditions de nature à inspirer une pleine confiance. Si tout le monde admet alors, malgré ses dangers, l'application de la règle *locus regit actum*, il n'y a pas de raison pour la repousser lorsqu'il s'agit de la date certaine d'un acte sous seing privé.

Malgré la gravité de ces motifs, presque tous les auteurs [2] considèrent au contraire la disposition de l'art. 1328 comme une disposition d'ordre public international, à laquelle doit

[1] Cass., 23 fév. 1864, S., 64. 1. 385, D., 64. 1. 166. — Civ. cass., 23 mai 1892, S., 92. 1. 521 et note, D., 92. 1. 473, note de M. Cohendy. — Cpr. Cass. Belgique, 4 juin 1891, S., 93. 4. 9, note de M. Pillet.

[2] Weiss, p. 625 et 626; Despagnet, n. 213; Laurent, *Dr. civ. intern.*, II, n. 252; Duguit, *op. cit.*, p. 124 et note; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enreg.*, IV, n. 3841; Cohendy, note précitée.

satisfaire l'acte dressé hors de France, tout au moins par équivalent, en ce sens qu'il suffit, pour qu'il ait date certaine, de son enregistrement à l'étranger ou de sa relation dans un acte authentique étranger. De même, disent-ils, que le transfert de propriété d'un bien sis en France, qu'une constitution d'hypothèque sur ce même bien, qu'un transport de créance ne deviennent opposables aux tiers qu'aux conditions requises par la loi française, de même l'acte sous seing privé ne doit pouvoir leur être opposé que si la certitude de sa date est établie conformément aux dispositions de cette loi : dans tous ces cas, l'intérêt des tiers et du crédit public exigent également qu'il en soit ainsi.

Ces arguments de la doctrine ne nous paraissent nullement décisifs. Il en est d'abord (1), parmi ses partisans, qui admettent que le transport d'une créance est soumis, quant à ses effets au regard des tiers, à l'accomplissement des formalités de la loi du domicile du débiteur cédé, lorsqu'elles ont été établies précisément dans l'intérêt du crédit public, quoiqu'il puisse arriver qu'elles ne suffisent pas encore au regard de notre propre loi. — De même on s'accorde à décider (2) que « les formes de l'endossement d'une lettre de change et les conditions requises, au point de vue des formalités, pour qu'il transfère la propriété du titre, sont déterminés par l'application de la règle *locus regit actum* (3) : n'est-ce point pourtant encore dans un intérêt de crédit public que sont fixées par notre loi les formalités de cette cession particulière de créance ? Il est donc permis de se demander pourquoi tout acte sous seing privé ne serait pas assujetti, même quant à la certitude de sa date, à la loi du lieu où il est passé, d'autant que l'application de la loi française n'est plus imposée alors, comme elle l'est pour la transmission d'un droit réel portant sur un bien situé en France, par la situation de celui-ci. Il ne s'agit plus en effet d'une véritable question de statut réel, mais d'une simple question de forme, pour laquelle

(1) Despagnet, n. 396.

(2) Cf. *supra*, n. 214-3°.

(3) Cpr. pour l'endossement des connaissements, la note de M. Wahl, sous Req. rej., 13 déc. 1899, S., 1901. 1. 177.

notre règle doit reprendre son empire. Sa portée serait bien trop diminuée si, applicable seulement dans les rapports des parties, elle ne pouvait plus être invoquée à l'égard des tiers [1].

223. La règle *locus regit actum* comporte des exceptions :

1° Elle ne protège d'abord que les actes faits de bonne foi [2]. Vainement objecte-t-on qu'il ne peut y avoir de fraude à user d'une faculté légale, et qu'il doit dépendre des personnes de se placer quand elles veulent dans les circonstances où elles peuvent invoquer celle-là. Il nous paraît au contraire qu'elles ne sauraient profiter des facilités particulières que la loi leur offre que lorsqu'elles se trouvent justement dans la situation de faveur en vue de laquelle elles ont été créées. Et le fondement même de notre règle disparaît, lorsque les parties ne sont allées en rechercher à l'étranger le bénéfice que pour se soustraire aux prohibitions ou aux exigences de leur propre loi [3]. On a pu dire encore, en faveur de notre solution, que les dispositions de la loi qu'on a eu le dessein d'éluder prennent, par suite de ce dessein frauduleux, le caractère de dispositions d'ordre public [4]. Peut-être eût-il fallu dire qu'elles le retrouvent avec toute son intensité, puisqu'elles l'avaient déjà et qu'il n'était que paralysé dans ses conséquences par la règle *locus regit actum :* pourquoi continuerait-elle d'avoir pour résultat de le leur enlever, alors que les circonstances, en dehors desquelles les personnes se sont placées volontairement et tout exprès, permettaient de le lui maintenir?

224. Si donc des Français ne s'étaient rendus à l'étranger que dans le but d'échapper aux prescriptions de leur loi nationale, l'acte fait en fraude de celle-ci serait, à notre avis,

[1] Notre opinion, qui était à peu près isolée en doctrine, vient d'être suivie par les continuateurs d'Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 170 et 171, n. 77 *ter* et *quater*. — Cpr. Beauchet, *J. Clunet*, 1892, p. 359.

[2] Beudant, *Introd.*, n. 164 ; Despagnet, n. 214 ; Surville et Arthuys, n. 196. — *Contra :* de Savigny, *Tr. de dr. romain*, trad. Guenoux, VIII, § 381, p. 353 ; Weiss, p. 256 et 257 ; Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, n. 28.

[3] Cf. sur l'idée de l'abus du droit en général, Gény, *op. cit.*, p. 543 s. ; et sur la théorie de la fraude à la loi, Bartin, *op. cit.*, p. 244 s.

[4] Bartin, *op. cit.*, p. 252.

non pas toujours nul, comme on le décide généralement, par application de la maxime *Fraus omnia corrompit,* mais nul ou valable, suivant le sort qu'aurait le même acte fait en France en contravention des dispositions de notre loi. Ce serait dépasser le but que de sanctionner, sans distinction, la violation de celle-ci par une nullité qu'elle ne prononcerait peut-être pas si les parties avaient agi de même en France. Tout ce que la raison exige, c'est de supposer que, contrairement à leur volonté, elles sont restées dans leur pays, et de régler le sort de l'acte en conséquence (1).

On a dit aussi que « le juge français pourrait facilement accueillir des demandes en nullité, pour cause d'erreur, de suggestion, dirigées contre des actes passés à l'étranger sans l'accomplissement des formalités exigées par la loi française » qui avaient pour objet de garantir l'entière liberté des personnes (2). Mais cette proposition doit être bien entendue. Or, sans doute, le juge pourrait en fait, à raison du défaut même de garanties qu'on suppose, faire triompher avec moins de difficultés ces attaques. Mais encore faudrait-il, selon nous, qu'elles fussent réellement fondées sur des faits d'erreur ou de suggestion véritables et qu'on ne prétendît pas en faire sortir la preuve principale des seules possibilités qu'offrait à la fraude une législation que nous jugerions trop libérale.

225. 2° La règle ne s'applique pas non plus lorsque la loi nationale des parties leur refuse le droit de faire certains actes dans les formes autorisées par la loi du pays où ils se trouvent (3). Il s'agit moins alors d'une prescription relative à la forme que d'une règle de capacité et d'ordre public, à laquelle les nationaux ne peuvent se soustraire. Tel est le cas en France, selon certains auteurs, pour la disposition de l'art. 968 C. civ., qui prohibe les testaments conjonctifs (4), et pour celle de

(1) Despagnet, n. 214. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 31, p. 173, n. 82; Demolombe, I, n. 106 *in fine;* Huc, I, n. 169 *in fine;* Beudant, *loc. cit.;* Laurent, *Dr. civ. intern.*, II, n. 239.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) Despagnet, n. 216; Weiss, p. 255; Surville et Arthuys, n. 196. — Trib. Seine, 13 août 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 166. — *Contra :* Orléans, 4 août 1859, S., 60. 2. 37, D., 59. 2. 158.

(4) Marcadé, IV, art. 999-III, n. 88; Despagnet, n. 216; Demangeat sur Fœlix, I,

l'art. 999 qui impose aux Français la forme olographe française.

226. 3° La règle ne s'applique pas non plus, en certains pays et pour les motifs les plus divers, à certains actes relatifs à des biens qui y sont situés, que ces actes intéressent des nationaux ou des étrangers. Tel est le cas en France pour la constitution d'hypothèque (art. 2128 C. civ.) (1).

227. Quel est enfin le caractère de notre règle : est-elle impérative ou facultative ? En d'autres termes, les parties doivent-elles nécessairement se conformer aux prescriptions de la loi du pays où elles agissent, ou ne peuvent-elles pas, si elles le préfèrent, obéir aux dispositions de leur loi nationale ? Cette question, très discutée dans notre ancien droit, était résolue généralement dans le sens du caractère obligatoire de la règle (2), par une suite de cette idée féodale que toutes les coutumes étaient réelles et que les personnes étaient à considérer comme sujettes de la baronnie où elles se trouvaient, même accidentellement. Elle nous paraît devoir être aujourd'hui tranchée, du moins en principe, dans le sens contraire. D'abord la règle a pour but de faciliter et non d'entraver les relations internationales : pourquoi donc les parties qui auraient à la fois la volonté et les moyens de se conformer à leur loi nationale, ne seraient-elles pas libres de le faire? Ensuite l'art. 999 a consacré son caractère purement facultatif pour le testament, puisqu'il autorise les Français à tester à l'étranger dans la forme olographe française, et on ne voit pas pourquoi elle aurait un caractère différent pour les autres actes ou vis-à-vis des étrangers. Elle est donc

p. 175, note *b;* Laurent, XIII, n. 145, et *Dr. civ. intern.*, VI, n. 318; Duguit, p. 138; Bertauld, *op. cit.*, I, n. 154. — Cass. Florence, 12 nov. 1897, S., 99. 4. 5. — *Contra :* Aubry et Rau, VII, § 668, p. 101, n. 6; Demolombe, XXI, n. 20; Huc, VI, n. 267; Coin-Delisle, *Don. et test.*, art. 968, n. 5; Fuzier-Herman, art. 3, n. 123 *bis*. — Civ. cass., 23 juin 1813, S., 13. 1. 378, D., *Rép.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 2458. — Caen, 22 mai 1850, S., 52. 2. 566, D., 53. 2. 179. — Toulouse, 11 mai 1850, S., 50. 2. 530, D., 52. 2. 64. — Paris, 10 août 1872, S., 72. 2. 269, D., 73. 2. 149. — Trib. Seine, 23 déc. 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 322. — Cpr. Weiss, p. 711, et Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et test.*, 2e éd., II, n. 1855 et 1856.

(1) Despagnet, n. 216; Surville et Arthuys, n. 201.

(2) Boullenois, *op. cit.*, I, p. 427 s.; Bouhier, *op. cit.*, I, ch. XXVIII, n. 21, et 35 s.; Ricard, *Du don mutuel*, n. 307. — Arrêt du parlement de Paris, 15 janv. 1721.

facultative, et cela aussi bien au regard des étrangers que des nationaux (1), à moins cependant que des considérations supérieures d'ordre public international n'imposent absolument le respect des formes de la loi locale (2).

Donc on doit réputer, sauf exception, valables en France, aussi bien les actes faits dans ce pays par des étrangers conformément à leur loi nationale (3) que les actes faits à l'étranger par des Français conformément à la loi française.

Du caractère facultatif de notre règle on a déduit aussi que les parties peuvent observer les formes prescrites, non par la loi du pays où l'acte est rédigé, mais par celle du lieu où il doit produire ses effets (4).

228. Plusieurs auteurs admettent toutefois que la règle deviendrait encore aujourd'hui impérative dans le cas où l'acte serait l'œuvre de deux personnes de nationalités différentes, parce qu'alors « il n'y a pas de raison pour régir les formes de cet acte par la législation nationale de l'une plutôt que par celle de l'autre » (5).

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 172, n. 78 et 79; Laurent, I, n. 101; Fœlix, *Tr. de dr. intern. privé,* I, n. 83, p. 163 s.: Despagnet, n. 217; Weiss, p. 255; Savigny, *Tr. de dr. romain,* trad. Guenoux, VIII, § 381, p. 354; Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé,* n. 30; Durand, *Essai sur le dr. intern. privé,* p. 247; Audinet, *Précis de dr. intern. privé,* p. 501; Bar, *Précis de dr. intern. privé,* p. 285; Brocher, *Cours de dr. intern. privé,* II, p. 43; Bartin, *op. cit.,* p. 200; Chausse, *Rev. crit.,* 1887, XVI, p. 280 s.; Bar, *J. Clunet,* 1887, p. 698; Surville, *Rev. crit.,* 1896, XXV, p. 226; Maurice Colin, *J. Clunet,* 1897, p. 941; Naquet, S., 1903. 1. 73, *J. Clunet,* 1904, p. 39; Fuzier-Herman, art. 3, n. 119. — Douai, 13 janv. 1887, S., 90. 2. 148 et note, D., 87. 2. 121, note de M. de'Boeck. — Trib. Seine, 28 juin 1895, *J. Clunet,* 1895, p. 784 et 847. — Cpr. Cass. Roumanie, 20 fév. 1901, S., 1903. 4. 5. — *Contra :* Merlin, *Rép.,* v° *Preuve,* sect. 2, § 3, art. 1er, n. 3, et v° *Testament,* sect. 2, § 4, art. 2; Demangeat sur Fœlix, I, p. 184; Febvre, *op. cit.,* p. 175 et 181; Mimerel, *Rev. crit.,* 1853, III, p. 842 s.; Buchère, *J. Clunet,* 1881, p. 36. — Paris, 2 déc. 1898, S., 1900 2. 185, note de M. Audinet, D., 99. 2. 177, note de M. Claro. — Bucharest, 11 juin 1901, S., 1903. 4. 6. — Cpr. Demolombe, I, n. 106 *bis;* Huc, I, n. 170; Surville, I, n. 72; Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. intern. privé,* n. 204 s.; Duguit, p. 55; P. Fiore, *op. cit.,* n. 320. — La règle a été déclarée facultative par la deuxième conférence diplomatique internationale de la Haye (chap. V, art. 3). Cf. *J. Clunet,* 1895, p. 206.

(2) Cf. pour la célébration du mariage, notre tome III, n. 1625, et Bartin, *op. cit.,* p. 200 s. — Cpr. Douai, 18 nov. 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 394.

(3) *Contra :* Req. rej., 9 mars 1853, S., 53. 1. 274, D., 53. 1. 217. — Paris, 2 déc. 1898, précité.

(4) Despagnet, n. 217. — Cpr. Laurent, I, n. 101.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 172, n. 78; Surville, I, n. 72; Despagnet, n. 217;

229. Au surplus, il est loisible aux Français qui se trouvent à l'étranger de recourir au ministère de nos agents diplomatiques et consulaires (Ordonnance d'août 1681, liv. I., tit. 9, art. 24 et 25; ordonnance du 25 octobre 1833, art. 8; ordonnance du 23 octobre 1833, et art. 48 et 994 C. civ.) (1). Cette compétence, qui a été reconnue à ces agents par les conventions conclues par la France avec les puissances étrangères, a été pareillement attribuée aux agents étrangers à l'égard de leurs nationaux (2).

Mais elle suppose, à moins de convention contraire (3), que l'acte intéresse exclusivement des nationaux de l'agent qui prête son ministère. Cette condition résulte nettement de la comparaison des art. 47 et 48 C. civ., et des dispositions (notamment les art. 1 et 15) de l'ordonnance du 23 octobre 1833, qui ne prévoit que le cas où l'acte intéresse des Français. Et elle est imposée par le respect de la souveraineté étrangère, car il ne peut pas dépendre de la France de soustraire des personnes qui ne relèvent pas d'elle à l'autorité de la loi locale. La jurisprudence était depuis longtemps fixée en ce sens (4), lorsque la loi même est venue consacrer cette solution en apportant une unique exception au principe (5).

230. Cette compétence des agents diplomatiques et consulaires, toujours facultative en principe, deviendrait obligatoire, d'après certains auteurs, dans les pays de capitulations et dans les Etats de l'Extrême-Orient avec lesquels il a été conclu des traités semblables, « ces conventions ayant eu pour

Weiss, p. 256; Surville et Arthuys, n. 205 et 210; Beauchet, *Gaz. du Palais*, 14 février 1884. — Req. rej., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317, D., 65. 1. 342. — Cpr. Douai, 18 nov. 1903, précité. — *Contra :* Chrétien, *De la lettre de change en dr. int. privé*, n. 32.

(1) Aubry et Rau, I, § 31, p. 173, n. 80; Demolombe, I, n. 108; Huc, I, n. 172; Surville, I, n. 72; Despagnet, n. 219; Surville et Arthuys, n. 197 s. — Civ. cass., 3 juin 1891, S., 93. 1. 401, note de M. Labbé, D., 92. 1. 317. — Cf. G. Flaischlen, *Des attrib. des consuls en matière de notariat et d'état civil*, Paris, 1892.

(2) Despagnet, n. 219; Surville et Arthuys, n. 202.

(3) Ces conventions sont très nombreuses : cf. Despagnet, n. 221; Weiss, p. 620 et 621.

(4) Merlin, *Rép.*, XVI, v° *Etat civil*, p. 315, n. 2; Despagnet, n. 221; Weiss, p. 385 et 386. — Civ. cass., 10 août 1819, S., 19. 1. 452, D., *Rép.*, v° *Actes de l'état civil*, n. 355. — Trib. Seine, 2 juill. 1872, *J. Clunet*, 1874, p. 71.

(5) Cf. la loi du 29 nov. 1901 et le décret du même jour. — Cf. aussi *infra*, n. 879.

effet de soustraire complètement les Français aux autorités locales, dont l'impartialité et la compétence inspirent méfiance » (1). Mais cette opinion nous paraît exagérer les conséquences de la protection que les capitulations ont eu pour but d'assurer à nos nationaux, et elle la retourne contre eux, en leur imposant nécessairement le ministère des représentants de la France. Aussi a-t-elle été repoussée par la jurisprudence (2).

231. Par une suite logique de la même opinion, les consuls de France seraient exceptionnellement seuls compétents pour les actes passés entre Français et étrangers dans les pays de capitulations, ces traités ayant eu pour but de soustraire complètement les Français aux autorités locales (3).

232. La compétence des agents diplomatiques et consulaires s'étend, et aux actes de l'état civil, à propos desquels elle sera spécialement étudiée, et aux actes notariés. Mais il y a cette différence entre ces deux sortes d'actes que, tandis que l'agent instrumente lui-même pour les premiers, c'est le chancelier de l'ambassade ou du consulat qui reçoit les seconds, suivant les cas avec ou sans l'assistance de l'agent, qui a toujours seul qualité pour les légaliser (4).

CHAPITRE III

DE L'APPLICATION ET DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT

SECTION PREMIÈRE

FONCTION DU POUVOIR JUDICIAIRE

233. Il faut une autorité chargée d'assurer l'observation du droit dans le corps social : sans quoi l'ordre y serait cons-

(1) Despagnet, n. 220 ; Féraud-Giraud, *De la juridict. fr. dans les Echelles du Levant*, II, p. 100 s.

(2) Req. rej., 18 avril 1865, S., 65. 1. 317, D., 65. 1. 342. — Aix, 22 fév. 1883, *J. Clunet*, 1883, p. 170. — Trib. consul. Constantinople, 12 sept. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 914. — Cpr. Aix, 20 mars 1862, S., 62. 2. 387, D., 63. 2. 48.

(3) Despagnet, n. 221 ; Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 108 et 131.

(4) Décret du 1er décembre 1869. — Cf. Despagnet, n. 219. — Req. rej., 23 janv. 1893, *J. Clunet*, 1895, p. 127.

tamment troublé. Or, ainsi que l'a dit Montesquieu [1], « il n'y a pas de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur ». Aussi est-ce à une autorité distincte du pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire, qu'a toujours été confiée en France depuis 1789 l'application de la loi.

Cette séparation des pouvoirs est d'ailleurs commandée par la différence des fonctions que remplissent le législateur et le juge dans la société. Le législateur statue en vue des intérêts généraux de la société, et comme tel il doit avoir l'initiative des lois et la faculté de modifier celles qu'il a faites, dès que le besoin s'en fait sentir. Le juge rend une décision sur des intérêts particuliers : aussi ne peut-il trancher que les contestations qu'on lui soumet, et lui est-il interdit de modifier sa sentence une fois qu'il l'a rendue. Ces deux organes, satisfaisant à des besoins différents du corps social, doivent donc se constituer à l'état distinct, dès que la structure de celui-ci s'est suffisamment développée pour que la différenciation des fonctions et des appareils correspondants s'y réalise [2].

234. Institué pour dire le droit à ceux qui le saisissent, le pouvoir judiciaire ne doit, sous aucun prétexte, se dérober à sa fonction. Ce serait pousser les particuliers à prendre eux-mêmes en mains la défense de leurs droits prétendus, c'est-à-dire à faire appel à la violence. Aussi l'art. 4 décide t-il que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence,* » *de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être pour-* » *suivi comme coupable de déni de justice* ». La peine du déni de justice est prononcée par l'art. 185 du code pénal, tandis que la procédure à suivre pour le constater et mettre le juge en demeure de juger est organisée, sous le nom de prise à partie, par les art. 505 et suivants du code de procédure [3].

(1) *De l'esprit des lois*, XI, 6.

(2) Cpr. Laurent, I, n. 250-252.

(3) Huc, I, n. 180-182; Surville, I, n. 53. — Cf. Req. rej., 16 juill. 1903, S., 1905. 1. 318.

235. De notre disposition il résulte que le juge devant lequel une contestation a été portée dans les limites de sa compétence, doit, sous peine de déni de justice, statuer sur toutes les questions qui lui ont été posées par des conclusions formelles et qui se rattachent à cette contestation [1].

236. Le juge étant régulièrement saisi d'un litige, trois hypothèses peuvent se présenter.

Première hypothèse. Il existe une disposition légale, claire et précise, applicable au cas sur lequel le juge est appelé à statuer : le juge doit appliquer cette disposition, lors même qu'elle lui paraîtrait injuste. *Dura lex, sed lex.* Le juge est institué pour juger selon la loi, et non pour juger la loi. *Stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse,* disait d'Argentré [2]. Permettre au juge de ne pas appliquer la loi quand il la trouve inique, ce serait la remplacer par la conscience du juge et substituer l'arbitraire de celui-ci à la volonté du législateur [3].

237. Deuxième hypothèse. La loi est muette et n'offre au juge aucune disposition applicable. Même alors l'art. 4 lui défend de s'abstenir de juger. Mais sur quelle base asseoira-t-il son jugement? Il devra recourir aux règles qui seront posées plus loin, pour résoudre les questions qui ne sont pas prévues par la loi, et, à défaut d'autre solution, statuer d'après l'équité [4].

Cette doctrine a été cependant contestée. Quelques auteurs [5] prétendent que, lorsque la loi est absolument muette, le juge doit purement et simplement débouter le demandeur et déclarer sa prétention mal fondée, par ce motif qu'elle

(1) Huc, I, n. 180. — Civ. cass., 30 janv. 1889, S., 91. 1. 339, D., 89. 1. 310. — Cf. Fuzier-Herman, art. 4, n. 11 s.

(2) Cf. Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. II, n. 48 : président Favre, *Jurispr. Papinienne*, tit. I, p. 2, illat. 2 ; d'Aguesseau, *IXe Mercuriale sur l'autorité du magistrat*, éd. in-4°, I, p. 127.

(3) Demolombe, I, n. 116 ; Laurent, I, n. 283 ; Surville, *loc. cit.* ; Dupin, *De la jurispr. des arrêts*, n. 16 s. ; Gény, *op. cit.*, p. 61 s. — Req. rej., 3 janv. 1826, S., 26. 1. 269, D., 26. 1. 99. — Cpr. l'art. 1er du tit. IV du livre prélim. : « Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle ». Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 6.

(4) Sur le rôle de l'équité dans l'interprétation du droit, cf. Gény, *op. cit.*, p. 487 s.

(5) Blondeau, *Comptes-rendus de l'Acad. des Sc. mor.*, par Vergé et Loiseau, 1893, p. 362 s. et 445 s. ; Demolombe, I, n. 113 ; Huc, I, n. 179 ; Delisle, *Traité de l'interprét.*, I, p. 127 s.

n'est sanctionnée ni directement ni indirectement par la loi.

Mais cette solution est rejetée par la jurisprudence et par la majorité des interprètes. Elle paraît en opposition tout d'abord avec le texte de l'art. 4, qui impose dans tous les cas au juge l'obligation de « juger ». Or, juger, c'est comparer, et si le juge doit, même dans cette hypothèse, comparer l'une à l'autre les deux prétentions en présence, c'est apparemment parce qu'il peut, suivant les circonstances, déclarer l'une ou l'autre bien fondée. On pourrait répondre, à la vérité, que le juge, en déboutant le demandeur, n'en juge pas moins, en ce sens qu'il rend un jugement, au sens vulgaire du mot. Mais les travaux préparatoires sont plus probants. « Dans les matières civiles, disait l'art. 11 du titre V du Livre préliminaire du code, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité » (1). Et Portalis disait à son tour dans son discours préliminaire : « Quand la loi est obscure, il faut en approfondir les dispositions ; si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité » (2). Nous ajouterons cette considération, à notre avis vraiment déterminante, que dans la théorie opposée le pouvoir judiciaire manquerait en partie le but de son institution, qui est de dire le droit, de faire droit aux parties, et non pas seulement d'appliquer la loi. Peu importe donc que leurs rapports n'aient pas été légalement organisés, s'ils rentrent par nature dans la sphère juridique : le juge est obligé de leur donner une solution (3).

238. Il est certain d'ailleurs, par application du principe fondamental, en droit criminel, qu'il n'y a pas de peine sans un texte de loi qui la prononce (art. 4 C. pén.), que le silence de la loi pénale doit nécessairement conduire à l'absolution de l'inculpé, quelque répréhensible que puisse être au point de vue moral l'acte dont il s'est rendu coupable (art. 364 C. Inst. cr.) (4).

(1) Fenet, *op. cit.*, p. 7.

(2) Locré, *Lég.*, I, p. 263, n. 14.

(3) Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 187 ; Demante, I, *Introd.*, n. 28 et n. 11 *bis*, I ; Laurent, I, n. 256 ; Surville, *loc. cit.* ; Beudant, *Introd.*, n. 112 ; Gény, *op. cit.*, p. 32 s., p. 109 s., et p. 182 s.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 188, n. 1 ; Demolombe, I, n. 112 ; Vidal, *op. cit.*, n. 64 et 453.

239. En permettant au juge, sous la réserve qui vient d'être indiquée, de statuer d'après l'équité quand le droit est muet, on le transforme un peu en législateur : à défaut de loi, il en fait une, semble-t-il, pour le cas particulier qui lui est soumis, quoique pourtant celle-ci ne constitue pas, pour l'avenir, la loi nécessaire de toutes les situations semblables. Cette faculté pour le magistrat n'est pas sans inconvénients, mais il y en aurait eu de bien plus grands à l'obliger d'en référer au pouvoir législatif, c'est-à-dire de solliciter de celui-ci une loi qui devînt la règle de sa décision future ; comme l'a dit Portalis, entre deux maux, on a dû choisir le moindre. Le référé au pouvoir législatif aurait eu tout d'abord pour résultat de transformer le législateur en juge, ce qui est plus grave que de faire du juge une sorte de législateur. « On a moins à redouter, expliquait encore Portalis (1), l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable ». D'autre part, le référé au pouvoir législatif aurait souvent abouti à un véritable déni de justice, car il aurait pu arriver que le législateur négligeât de statuer sur le référé, et comment l'obliger à le vider? En tout cas le référé aurait suspendu pour un temps souvent fort long le cours de la justice, au grand préjudice des justiciables. Mieux valait laisser au juge une entière liberté d'action (2).

Non seulement donc le référé au pouvoir législatif, très usité dans l'ancien droit sous la forme d'un renvoi des parties « à se pourvoir par devers le roi » (3), et rétabli facultativement par le droit intermédiaire (décret des 16-24 août 1790, tit. II, art. 12), n'est pas obligatoire pour le juge, mais il lui est absolument interdit par la disposition de l'art. 4 (4).

240. Troisième hypothèse. Il existe une disposition légale

(1) *Disc. prélimin.*, Locré, *Lég.*, I, p. 263, n. 15.

(2) Laurent, I, n. 254-257.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Référé au législateur*, n. 1-3. — Cf. sur le référé facultatif, dans le droit intermédiaire, Fuzier-Herman, art. 4, n. 1 s. ; Gény, *op. cit.*, p. 67 s.

(4) Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 188 ; Fuzier-Herman, art. 4, n. 10 s. ; Gény, *op. cit.*, p. 74.

applicable au cas sur lequel le juge est appelé à statuer, mais elle est obscure. Alors le juge doit interpréter la loi, en déterminer le sens et la portée, et il le fera conformément aux règles qui seront posées plus loin. Il ne lui est pas non plus permis de surseoir à statuer jusqu'à ce que la disposition dont l'application est requise soit interprétée par une autre autorité, variable suivant les cas, par exemple par l'autorité administrative s'il s'agit d'un arrêté municipal [1].

241. L'interprétation du juge et la décision judiciaire dont elle est la source ne sont d'ailleurs obligatoires que pour les parties en cause, et relativement à ce qui fait l'objet du litige. Ainsi le veut le principe, éminemment rationnel, de l'autorité relative de la chose jugée (art. **1351** C. civ.).

242. L'application et l'interprétation de la loi auraient pu être faites de façons très divergentes par les différents juges chargés d'en assurer l'observation : le respect et l'autorité de la loi en auraient été diminués d'autant. L'unité législative eût été même compromise, s'il avait pu s'établir dans chaque ressort de cour d'appel une jurisprudence différente de celle des cours voisines. La souveraineté de chacune d'elles a donc été limitée par l'institution, au sommet de la hiérarchie judiciaire, d'une cour de cassation, chargée de réaliser l'uniformité dans l'application et l'interprétation de la loi, en réprimant toute contravention à celle-ci [2], et de remplir ainsi le rôle de cour régulatrice. Elle fut créée, sous le nom de tribunal de cassation, par la loi des **27** novembre-1er décembre **1790**, et reçut le titre de cour du sénatus-consulte du **28** floréal an XII [3].

[1] Crim. rej., 20 janv. 1888, S., 88. 1. 142, D., 88. 1. 329. — Cpr. Trib. simple police Montpellier, 6 déc. 1900, S., 1902. 2. 147, D., 1902. 2. 432.

[2] Sur le véritable caractère du rôle originaire de la cour de cassation et sur les modifications successives de son pouvoir de contrôle, cf. Gény, *op. cit.*, p. 78 s.

[3] Les règles du pourvoi en cassation sont encore aujourd'hui principalement contenues dans le règlement du 28 juin 1738, qui était en vigueur devant le *conseil des parties*, lequel, sous l'ancien régime, remplissait la fonction de tribunal de cassation. — Cf. Tarbé, *Lois et réglem. de la cour de cassation*, Paris, 1830 ; Godart de Saponay, *Manuel de la Cour de cass.*, Paris, 1831 ; Bernard, *Manuel des pourvois*. Paris 1868 ; Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris, 1882 ; Crépon, *Du pourvoi en cassation en mat. civile*, Paris, 1892.

243. L'acte en vertu duquel on la saisit porte le nom de pourvoi en cassation. Sont susceptibles, en principe, de cette voie de recours toutes les décisions définitives (jugements ou arrêts) rendues en dernier ressort par une juridiction française autre qu'une juridiction administrative, en quelque matière que ce soit. Ce principe comporte cependant quelques exceptions [1].

Le pourvoi ne peut être fondé que sur une contravention à la loi (décret des 27 novembre-1er décembre 1790, art. 3, et loi du 20 avril 1810, art. 7), qui peut consister, soit dans l'inobservation des formes prescrites pour l'administration de la justice (pourvoi pour vice de forme), soit dans la violation directe ou indirecte de la loi, faussement appliquée ou faussement interprétée (erreur de droit). Le pourvoi ne peut jamais être fondé sur une erreur de fait : les tribunaux qui jugent en dernier ressort constatent souverainement les faits de la cause, et la cour de cassation ne peut que rechercher si ces faits ont été bien appréciés au point de vue de leur caractère et de leurs conséquences juridiques [2].

244. Le pourvoi peut aboutir à l'une ou à l'autre de ces deux solutions : 1° un arrêt de rejet, lorsque la cour considère le pourvoi comme non recevable ou mal fondé. La décision attaquée prend alors la force de la chose irrévocablement jugée. 2° Un arrêt de cassation, dans le cas où elle juge le pourvoi bien fondé. La décision cassée est alors anéantie, et la cause est renvoyée à une autre juridiction dite de renvoi, de même ordre et de même degré que celle qui a rendu cette décision. Ce nouveau tribunal conserve, au reste, toute son indépendance ; il peut donc, soit juger dans un sens conforme à l'opinion de la cour suprême, soit rendre une décision semblable à celle qui a été cassée, et encore susceptible comme elle d'un pourvoi fondé sur les mêmes moyens.

(1) Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 189, n. 4 et 5 : Bonfils, *Traité élém. de procédure*, n. 1483 s. ; Garsonnet, *Tr. de pr. civ.*, 2e éd., Paris, 1902, VI, § 2303, p. 374 s.

(2) Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 189 s , n. 6 *bis* à 8 ; Bonfils, *op. cit.*, n. 1492 s. ; Garsonnet, *op. cit.*, VI, § 2332 et s., p. 416 ; Gény, *op. cit.*, p. 68 s., p. 77 s., et p. 563 s.

Sur ce deuxième pourvoi, formé par les mêmes parties, en la même qualité, et fondé sur des moyens identiques, la cour de cassation doit statuer toutes chambres réunies (chambre des requêtes, chambre civile et chambre criminelle). La loi le veut ainsi, parce que la résistance du tribunal auquel l'affaire a été renvoyée, sa persistance dans la voie ouverte par le premier juge annoncent un conflit grave. L'arrêt que rend alors la cour de cassation est appelé solennel. Si cet arrêt rejette le pourvoi, tout est fini ; la cour s'incline devant la jurisprudence que l'une de ses chambres avait condamnée. S'il casse la décision attaquée pour les mêmes motifs que la première, alors l'affaire est renvoyée devant un troisième tribunal, de même ordre et de même degré que les deux précédents.

Quel sera le rôle de ce troisième tribunal ? La législation a varié sur ce point. Sous l'empire des lois des 27 novembre-1er décembre 1790 (art. 21) et du 16 septembre 1807, et jusqu'en 1828, ce tribunal pouvait encore se prononcer comme les deux autres; mais, si sa décision était attaquée par les mêmes moyens, la cour de cassation devait surseoir à statuer et demander au pouvoir chargé de la donner (1) l'interprétation de la disposition qui suscitait ce conflit (2). Ces référés obligatoires et suspensifs entravant inévitablement le cours de la justice, la loi du 30 juillet 1828 vint décider que sans en attendre l'issue, et quoiqu'ils fussent toujours nécessaires, l'arrêt du dernier tribunal, qui devait être obligatoirement une cour d'appel et jouissait d'une entière liberté d'appréciation, ne pourrait plus être l'objet d'un pourvoi fondé sur les mêmes moyens; de sorte qu'en fin de compte ce n'était pas nécessairement l'avis de la cour suprême qui prévalait.

Ce résultat était peu en harmonie avec le but de l'institution de celle-ci. D'après la loi du 1er avril 1837, qui supprima complètement les référés obligatoires et qui nous régit encore, le troisième tribunal doit se conformer à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour,

(1) Cf. *infra*, n. 255.

(2) Cf. de Cormenin, *Thémis*, 1820, II, p. 375 ; Gény, *op. cit.*, p. 68, et p. 75 s.

mais il n'est lié que pour cette affaire seulement : il reprend sa liberté complète pour l'avenir [1].

245. L'ensemble des décisions judiciaires rendues sur un même point de droit constitue ce que l'on désigne sous le nom de jurisprudence (*stricto sensu*). Quand ces décisions sont plus ou moins divergentes, on dit que la jurisprudence est incertaine, hésitante, flottante. Quand elles concordent depuis un temps suffisamment long pour que leur orientation puisse être nettement définie, on dit que la jurisprudence est fixée en tel sens, qu'elle est constante. Les monuments de la jurisprudence tiennent une place fort importante dans la science du droit; parmi eux, les arrêts de la cour de cassation occupent la première, et ses arrêts solennels, à raison même des circonstances dans lesquelles ils ont été rendus, sont ceux qui ont le plus d'autorité.

Cette autorité ne peut être, selon nous, qu'une simple autorité de raison, quelque grande qu'en puisse être la puissance de fait, et nous ne saurions considérer, à aucun titre, la jurisprudence comme une source formelle du droit [2].

Cette opinion nous paraît indiscutable tout d'abord en ce qui concerne la jurisprudence antérieure à l'œuvre de la codification, dans la mesure même où celle-ci a eu, quant aux sources anciennes, un effet novatoire. Les précédents judiciaires ont dû perdre bien évidemment l'autorité traditionnelle [3] dont ils étaient investis, au moins autant que les lois, les règlements et les coutumes compris dans la formule d'abrogation. Il est vrai que cette formule ne les a pas expressément visés. Mais son silence s'explique par le fait même que, ces précédents n'ayant jamais eu véritable « force de loi » dans le passé, il eût été au moins inutile de la leur retirer pour l'avenir. Et quant à leur simple autorité de « raison écrite », ils n'eussent pu davantage la conserver,

[1] Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 191, n. 9 et 10; Demolombe, I, n. 120; Laurent, I, n. 283-285; Huc, I, n. 178; Beudant, *Introd.*, n. 114; Planiol, I, n. 203 et 205; Surville, I, n. 56; Bonfils, *op cit.*, n. 1521 s.; Garsonnet, *op. cit.*, I, § 89 s., p. 165 s.

[2] Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 192, n. 11; Demolombe, I, n. 118; Laurent, I, n. 280 et 281.

[3] Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Autorités*, et v° *Raison écrite*.

dans les matières qui ont été codifiées, sans compromettre l'œuvre de refonte et de simplification que devait réaliser la législation nouvelle. Ils devaient la perdre tout au contraire, pour que l'activité des interprètes pût s'exercer sur un champ débarrassé de tous les préjugés et de toutes les solutions, d'ailleurs souvent contradictoires, de la jurisprudence antérieure. Dès lors, ils ne peuvent plus être envisagés aujourd'hui que comme des parties, considérables au reste, de l'élément historique de l'interprétation du droit. Et ils ne recouvreraient leur ancienne vertu que dans les théories qui sont demeurées en dehors du domaine de la codification, c'est-à-dire que le fait de leur existence ajouterait alors au poids des motifs mêmes sur lesquels ils s'appuieraient, pour les imposer à l'interprète avec la force de « raison écrite » (1). Telle fut peut-être la pensée que voulut exprimer Portalis (2) en ces termes trop larges : « A défaut de texte précis, sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi ».

245 *bis*. Mais la jurisprudence moderne ne saurait, pas plus que l'ancienne, quoi qu'on en ait dit, être reconnue en possession d'un pouvoir créateur du droit. Vainement a-t-on fait valoir l'avantage qu'il y aurait, pour la sécurité des relations juridiques, à attacher à ses décisions l'autorité d'une sorte de loi, moins impérative cependant que la loi proprement dite. Car on pourrait objecter, en sens inverse, que cette source du droit pourrait alors tout aussi bien paralyser que favoriser les progrès de celui-ci, et il serait même plus vrai de dire qu'elle aurait plus de chances de les entraver, puisque le juge trouverait dans ses arrêts antérieurs autant de limites à ses nouvelles initiatives. Ne va-t-il pas de soi, en effet, que leur autorité devrait s'imposer au juge avec la même force qu'à la doctrine ?

Tout aussi inutilement a-t-on observé que la jurisprudence devait être nécessairement investie d'un pouvoir prétorien

(1) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 403 s.; Planiol, I, n. 122 s. et 204 s.
(2) *Disc. prélim.*, Locré, *Lég.*, I, p. 259, n. 11.

pour ne pas rester inférieure à sa tâche, qui consiste à adapter les règles juridiques aux rapports concrets sur lesquels elle doit statuer, et que ce pouvoir prétorien la mettait seule en mesure de donner une satisfaction adéquate aux besoins dont ces rapports sont l'expression. Cette observation, loin d'être décisive, ne cache qu'une trop réelle confusion. Autre chose est d'accorder au juge la faculté de tirer du fonds social, en l'absence de toute loi impérative ou de toute autre source formelle du droit, la règle applicable *in concreto* à la situation déterminée qu'il doit liquider, et autre chose de l'autoriser à poser *in abstracto* la règle à laquelle doit être impérieusement soumise pour toujours, à l'avenir, toute situation de même nature. Au premier cas, il rend un jugement; au second, il fait une loi. Or l'art. 5 C. civ. lui interdit formellement de légiférer, et on n'a point essayé de montrer comment cette jurisprudence prétorienne, ainsi largement entendue, serait susceptible de se concilier avec la prohibition des arrêts de règlement. On n'a point songé non plus à préciser les conditions auxquelles serait subordonnée, sous le rapport du nombre ou de l'ancienneté, l'autorité des précédents judiciaires. Mais on a trouvé moins difficile, pour les faire participer de la force obligatoire que beaucoup attribuent à la coutume comme source supplétive du droit, de les considérer eux-mêmes comme des expressions d'un droit coutumier *sui generis*, surgi, comme l'usage, de la pratique et de la vie des affaires [1]. Seulement, pour fonder cette assimilation, il eût fallu prouver comment on était admis à confondre ainsi ces pratiques volontaires, émanées des intéressés eux-mêmes et qui impliquent de leur part cependant un sentiment juridique, avec des décisions absolument imposées par l'autorité judiciaire et qui tireraient uniquement leur force de la conviction du juge, et non de celle du justiciable. En l'absence de toute tentative de démonstration sur ces différents points, on ne saurait donc, à notre sens, concéder aux monuments de la

[1] Cf. Planiol, I, n. 11 et n. 122 s.; Beudant, *Introd.*, n. 112 et 114; Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, Lille, 1892, *Préface*, p. IV et V; Lambert, *Du contrat en faveur du tiers*, 1893, *Introd.*, p. VII s.; Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence* (Thèse, Caen), 1897.

jurisprudence d'autre valeur que la valeur rationnelle des matériaux qui ont servi à les édifier, et considérer le pouvoir judiciaire autrement que comme un simple pouvoir de juger. Il va de soi, au reste, que ce pouvoir, placé en contact direct avec les faits et influencé immédiatement par le mouvement social, offre dans ses décisions des éléments de la plus haute importance aux progrès de la législation ou à la formation de la coutume comme aux libres recherches de l'interprétation [1].

246. La décision du juge ne peut donc jamais avoir la force législative. Le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif étant et devant rester séparés, on s'est efforcé d'empêcher tout empiétement du premier sur le second. C'est dans ce but qu'a été édicté l'art. 5, ainsi conçu : « *Il est défendu aux* » *juges de prononcer par voie de disposition générale et régle-* » *mentaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Ce texte signifie que le juge ne peut pas se lier pour l'avenir relativement à l'interprétation de la loi, et déclarer qu'il l'interprètera toujours désormais dans le même sens. Il ne peut prononcer que sur la contestation dont il est actuellement saisi, et dans les limites seulement des conclusions qui ont été prises devant lui par les parties. L'autorité judiciaire ne doit régler que le passé; elle ne doit pas disposer pour l'avenir, à la différence du législateur, qui règle l'avenir sans toucher au passé.

247. Dans notre ancien droit, les Parlements, sous le couvert de la confusion féodale du droit de justice avec le droit de réglementation et de l'interprétation favorable de certains textes du droit romain [2], en vertu aussi d'une prétendue délégation tacite du roi [3], s'étaient arrogé le pouvoir de rendre, à l'occasion des causes qui leur étaient soumises, des décisions générales et réglementaires, connues sous le nom d'arrêts de règlement. Après avoir jugé dans un certain sens la cause qui leur était soumise, ils déclaraient qu'à l'avenir ils se prononceraient eux-mêmes et que les tribunaux qui leur étaient subordonnés devraient se prononcer toujours dans le

(1) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 418 s.
(2) L. 9, D., *De leg.*, I, 3 : « *non ambigitur senatum jus facere posse* ».
(3) Loyseau, *Des seigneuries*, ch. III, n. 12.

même sens. Lois véritables, les arrêts de règlement étaient publiés comme des lois. Toutefois, ils étaient rendus « sous le bon plaisir du roi », qui pouvait les casser; mais jusque-là, ils constituaient un droit local, régissant tout le ressort du Parlement, provisoire, en ce qu'ils tenaient lieu d'une loi dont le besoin s'était fait sentir, et supplétoire, en ce sens qu'ils ne pouvaient que combler les lacunes de la loi écrite ou coutumière (1).

Contraires au principe de la séparation des pouvoirs et à l'unité de législation, ils furent interdits au juge par la loi des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 12), dont la prohibition a été reproduite par l'art. 5 C. civ. (2).

248. Cette prohibition a notamment les conséquences suivantes (3) :

1° Le juge, saisi d'une contestation, ne peut pas statuer sur les difficultés qui pourront naître après sa décision, quelque étroitement qu'elles se rattachent au litige qui lui est actuellement soumis. Ainsi, en constatant l'existence d'un droit au profit de l'une des parties, il ne peut pas sanctionner la défense pour l'autre d'y porter atteinte à l'avenir par une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts, à raison de chaque contravention ultérieurement constatée. Par exemple, un tribunal ne peut pas, statuant sur la contrefaçon d'une invention brevetée, en même temps qu'il ordonne la répara-

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, introd., ch. VIII ; Lebret, *Traité de la souveraineté*, Liv. I, ch. IX, p. 20.— Cf. Pardessus, *Essai hist. sur l'organis. judiciaire*, p. 195 s. ; Ginoulhiac, n. 323 et 375 ; Esmein, p. 507-509 ; Brissaud, *op. cit.*, p. 375 ; Petiet, *Du pouvoir législatif en France*, 1891, p. 223 s., et p. 272 s.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Arrêt*, n. 8, et *Quest.*, v° *Arrêt de règlement*, § 1 ; Aubry et Rau, I, § 39 *bis*, p. 188, n. 2 ; Demolombe, I, n. 109 ; Demante, 1 n. 11 *bis*, III ; Laurent, I, n. 258 et 259 ; Huc, I, n. 183 ; Beudant, *Introd.*, n. 29 et n. 111 ; Planiol, I, n. 155 ; Surville, I, n. 53 ; Fuzier-Herman, *Séparation des pouvoirs*, p. 152 et 444.

(3) Cf. sur d'autres conséquences : Fuzier-Herman, art. 5, n. 2 s. — Crim. cass., 25 janv. 1828, S., 28. 1. 231, D., 28. 1. 107. — Cass. ch. réun., 11 mai 1837, S., 37. 1. 709, D., 37. 1. 312. — Req. annul., 12 juill. 1847, S., 47. 1. 841 et 842, D., 47. 1. 225. — Req. rej., 1er fév. 1882, S., 83. 1. 201, D., 82. 1. 113. — Civ. rej., 1er mai 1883, S., 83. 1. 265, concl. de M. Desjardins, D., 83. 1. 441. — Crim. rej., 2 fév. 1895, S., 96. 1. 425, note de M. Villey. — Trib. correct. Lille, 11 déc. 1895, S., 96. 2. 180.

tion du préjudice résultant des faits déjà commis, arbitrer à l'avance le montant des dommages-intérêts pour chaque contravention nouvelle de la même personne.

Telle est du moins la doctrine généralement admise [1]. Mais la jurisprudence de la cour de cassation est en sens contraire [2] : elle admet la légitimité de ces inhibitions, par ce motif qu'elles sont implicitement contenues dans la reconnaissance du droit contesté, et elle admet par suite, ce qui n'est que logique, la possibilité de sanctionner ces défenses. Cette jurisprudence s'explique naturellement par le désir de briser net toute résistance de la partie qui succombe, en conférant d'ores et déjà au demandeur un titre qui lui permette, s'il y avait lieu, de la poursuivre sans retard et de prévenir ainsi la continuation d'agissements susceptibles de lui causer un dommage irréparable. Et rien ne nous paraît plus facile que de la justifier théoriquement. Il suffit d'observer à cet effet que la décision du juge n'a aucune ressemblance avec les règlements dont l'art. 5 a voulu empêcher le retour : si elle statue, à la vérité, pour l'avenir, elle ne porte que sur le litige dont il est saisi, règle seulement ses conséquences possibles à l'égard des parties en cause, et ne lie en rien, pour toute autre contestation de même nature, la juridiction dont elle émane [3].

249. 2° Le juge ne peut pas motiver simplement sa décision par un renvoi à une autre décision antérieure : ce serait paraître prêter à celle-ci l'autorité d'une disposition générale et réglementaire. Mais un tribunal peut très bien constater dans sa décision quelle est sa jurisprudence sur la difficulté

[1] Laurent, I, n. 264-267 ; Huc, I, n. 185 ; E. Blanc, *De la contrefaçon*, p. 686 ; Nouguier, *De la contrefaçon*, n. 1042. — Paris, 4 déc. 1841, D., *Rép.*, v° *Jugement*, n. 159. — Aix, 25 fév. 1847, S., 47. 2. 234, D., 47. 2. 85. — Nancy, 12 mai 1897, S., 98. 2. 205. — Trib. Cambrai, 1er août 1901, D., 1903. 2. 186. — Cpr. Cass. Belg. rej., 19 janv. 1882, S., 82. 4. 19, D., 82. 2. 81.

[2] Civ. rej., 11 nov. 1884, S., 85. 1. 451 et note, D., 85. 1. 241. — Req. rej., 13 déc. 1886, S., 87. 1. 176, D., 87. 1. 385. — Req. rej., 15 mars 1892, S., 92. 1. 309, D., 92. 1. 303. — Req. rej., 8 janv. 1901, S., 1902. 1. 285, D., 1901. 1. 277. — Cf. Fuzier-Herman, art. 5, n. 45 s.

[3] Sur un autre cas dans lequel on peut soutenir que l'art. 5 n'est pas violé par les tribunaux, cf. Douai, 17 janv. 1901, D., 1902. 2. 49. — Cpr. Req. rej., 18 juill. 1900, S., 1902. 1. 13, D., 1902. 1. 191.

dont il est saisi, sauf à rechercher si cette décision est suffisamment motivée d'autre part [1].

250. 3° Le juge ne peut pas délivrer d'attestation portant sur sa jurisprudence, ni de certificat de législation ou de coutume. Cette déclaration générale serait contraire à sa mission telle qu'elle est fixée par l'art. 5 [2].

SECTION II

DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'APPLICATION DU DROIT

§ I. *Des diverses espèces d'interprétation* [3].

251. On doit distinguer, quant à leur objet, deux sortes très différentes d'interprétation, suivant qu'elle porte sur les sources positives du droit, telles que les lois, et c'est l'interprétation proprement dite, ou qu'elle se propose justement d'en combler les lacunes, et la recherche dépasse alors les lois elles mêmes. Au premier cas, il s'agit de déterminer le sens et la portée de règles formelles ; au second, de déterminer dans le silence des sources ces règles mêmes [4].

251 *bis*. On distingue aussi, quant à leur origine, deux espèces d'interprétation : l'interprétation par voie de doctrine, ou interprétation privée, et l'interprétation par voie d'autorité, ou interprétation publique, appelée encore interprétation authentique.

252. L'interprétation privée ou doctrinale est celle qui émane des particuliers, des jurisconsultes. Elle n'a qu'une

(1) Huc, I, n. 184. — Req., rej., 11 mars 1884, S., 84. 1. 288.

(2) Demolombe, I, n. 110; Laurent, I, n. 261; Fuzier-Herman, art. 5, n. 28 s. — Req. annul., 14 avril 1824, S., 24. 1. 131, D., 24. 1. 139, et concl. du min. publ. — Bruxelles, 9 mai 1832, D., 33. 2. 199. — Cf. cep. Gény, *op. cit.*, p. 424.

(3) Foucher, *De la législ. en matière d'interprétation des lois en France*, Paris, 1835; Sirey, *Dissertation*, S., 24. 2. 18; Isambert, *Rev. de lég. et de jurisp.*, 1835, I, p. 241; A. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Rev. tr. de dr. civil*, 1902, p. 5 s.; J. Charmont et A. Chausse, Les interprètes du Code civil, *Livre du centenaire*, I, p. 131 s.; Ed. Meynial, Les recueils d'arrêts et les arrêtistes, *Livre du centenaire*, I, p. 173 s.

(4) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 191.

autorité de raison [1]. Comment en aurait-elle une supérieure, qui n'appartient même pas à la jurisprudence, interprète officiel du droit ? De quelque poids que doive être la *communis opinio doctorum,* lorsqu'elle est fortement prononcée, on est d'autant moins obligé de s'incliner devant ses solutions qu'il n'est peut-être aucune autre science, comme l'expérience le démontre tous les jours, où les solutions traditionnelles aient été plus facilement acceptées.

253. L'interprétation publique ou par voie d'autorité se distingue par son caractère obligatoire : elle émane d'une autorité qui a reçu le pouvoir d'interpréter la loi. Elle est elle-même judiciaire ou législative [2].

254. L'interprétation judiciaire est celle qui émane des tribunaux. Elle n'est obligatoire que pour les parties en cause et relativement à ce qui fait l'objet du litige (art. 1351 C. civ.) [3].

255. L'interprétation législative, à laquelle on peut réserver la qualification d'authentique, est obligatoire pour tous les citoyens. Rationnellement elle doit émaner du pouvoir dont la loi même émane, ce pouvoir étant le plus apte à interpréter la loi qui est son œuvre. *Ejus est interpretari legem, cujus est condere* [4].

Consacré déjà par l'ordonnance de 1667 (tit. Ier, art. 7), ce principe fut appliqué par les lois des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 12) et 27 novembre-1er décembre 1790 (art. 21), et admis par les diverses constitutions qui se succédèrent jusqu'en l'an VIII. Mais, par une dérogation plus apparente que réelle à ce principe, un règlement du 5 nivôse de cette année (art. 11) conféra au chef du gouvernement et au conseil d'Etat le droit d'interpréter la loi, que cette assemblée avait précisément préparée dans le système législatif de l'époque. En conformité de ces dispositions, le conseil d'Etat a émis, sur le renvoi à lui fait par le gouvernement, un grand nombre

(1) Demolombe, I, n. 117; Laurent, I, n. 280; Huc, I, n. 178; Planiol, I, n. 200 et 201; Gény, *op. cit.*, p. 438 s.

(2) M. Surville (I, n. 53) considère l'interprétation judiciaire comme une interprétation par voie de doctrine.

(3) Demolombe, I, n. 118; Laurent, I, n. 281. — Cf. *supra*, n. 245 et 245 *bis*.

(4) Cf. L. 12, C., *De legibus*, I, 14.

d'avis, qui, une fois revêtus de l'approbation du chef de l'Etat et publiés [1], sont devenus obligatoires comme la loi elle-même et ont fait corps avec elle [2].

Le conseil d'Etat était également chargé, en cas de conflit entre la cour de cassation et les tribunaux, de préparer, pour l'interprétation de la loi qui l'avait suscité, des règlements d'administration publique, qui, portés par le chef de l'Etat, avaient la force de véritables lois interprétatives (loi du 16 septembre 1807 et art. 440 C. Inst. cr.) [3].

Retiré implicitement au conseil d'Etat et au gouvernement par la charte de 1814, le droit d'interprétation législative a définitivement cessé de leur appartenir depuis cette époque. Mais avec ce droit ne doit pas être confondu celui qui continua à appartenir au gouvernement jusqu'à la loi du 30 juillet 1828, de faire des règlements pour l'interprétation de la loi, en cas de conflit entre la cour de cassation et les tribunaux. Toutefois son caractère se transforma, car cette interprétation, n'étant plus désormais obligatoire que pour le litige qui avait donné lieu au conflit, cessa d'être législative pour devenir uniquement judiciaire [4].

Quant au pouvoir d'interpréter législativement les lois, il est revenu, depuis la charte, au pouvoir législatif, qui en est encore seul investi aujourd'hui [5]. Il appartient cependant au pouvoir constituant, quant aux lois constitutionnelles (arg. loi du 25 février 1875, art. 8).

Quant aux avis émis par le conseil d'Etat actuel, en con-

(1) Ils portent deux dates, celle de la délibération et celle de l'approbation.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Interprétation*, n. 3; Aubry et Rau, I, § 5, p. 15, n. 15; Beudant, *Introd.*, n. 44-47; Planiol, I, n. 213; Surville, I, n. 59. — Cpr. civ. rej., 19 oct. 1808, S., 9. 1. 46.

(3) Surville, I, n. 56.

(4) Avis du cons. d'Etat des 23 nov.-17 déc. 1823. Cpr. ordonn. du 23 janv. 1828. — Cf. Aubry et Rau, I, § 5, p. 16, n. 18-20; Demante, I, n. 42 *bis*, II; Beudant, *Introd.*, n. 46; Planiol, I, n. 214; Surville, *loc. cit.*; Gény, *op. cit.*, p. 75; Aucoc, *Le conseil d'Etat*, Paris, 1876, p. 104.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Interprétation*, n. 3; Aubry et Rau, I, § 5, p. 16, n. 17; § 30, p. 102, n. 9 *bis*, et § 39, p. 187, n. 1-3; Demolombe, I, n. 119-123; Laurent, I, n. 282-285; Huc, I, n. 178; Surville, I, n. 59; Beudant, *Introd.*, n. 45; Fuzier-Herman, art. 1, n. 39 s., 105 s., et 328 s. — Civ. cass., 29 août 1865, S., 65. 1. 493 et note.

formité de la loi du 24 mai 1872 (art. 8), ce ne sont que de simples consultations qui ne sont même pas obligatoires pour le gouvernement qui les provoque [1].

Enfin on doit observer à ce sujet qu'il ne faut nullement confondre, ainsi qu'on l'a fait parfois, avec de véritables actes interprétatifs, comme tels obligatoires, les avis émis, pour l'application d'une loi antérieure, par une ou même par deux chambres, en dehors des formes requises pour la confection des lois, ces avis eussent-ils été sanctionnés par des ordres du jour. Les déclarations ainsi intervenues ne sauraient avoir qu'une simple autorité morale, l'autorité législative ne pouvant s'attacher qu'à de véritables lois [2].

§ II. *De la méthode d'interprétation* [3].

256. Cette méthode doit varier naturellement avec l'objet de l'interprétation, c'est-à-dire suivant qu'elle porte sur les sources formelles du droit ou qu'elle cherche à remédier à leur insuffisance. De là la division en deux de ce paragraphe.

I. *Interprétation des lois et des autres sources formelles du droit.*

256 *bis.* Le livre préliminaire qui devait primitivement figurer en tête du code civil contenait un titre, le titre V, où se trouvaient réunies plusieurs des règles dont l'ensemble constitue l'art d'interpréter les lois, qu'on appelait souvent,

(1) Hauriou, *op. cit.*, p. 412. — Il y a cependant une exception, celle de l'art. 9, al. 4 du code civil. — Cf. *infra*, n. 387.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 218, note 3. — Cf. cep. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 88.

(3) A. F.-J. Thibaut, *Théorie de l'interprétation logique des lois en général, et des lois romaines en particulier*, trad. par Rittinghausen et de Sandt, Bruxelles, 1837; H. Saint-Albin, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, Paris, 1841; Mailher de Chassat, *De l'interprétation des lois*, Paris, 1845; Delisle, *Principes de l'interprétation des lois*, Paris, 1852; Brocher, *Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*, Paris, 1870; F. Berriat-Saint-Prix, *Manuel de logique judiciaire*, 1876; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; R. Saleilles, Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents, *Rev. tr. de dr. civil*, 1902, p. 80 s.; Le Code civil et la méthode historique, *Livre du centenaire*, I, p. 95 s.

autrefois, la logique judiciaire. Quoique ce titre ait disparu de la rédaction définitive, les dispositions qu'il renfermait ayant été jugées mieux à leur place dans une œuvre doctrinale que dans un texte de loi, les principes qu'il consacrait n'ont rien perdu de leur valeur scientifique. On peut utilement d'ailleurs les rapprocher de ceux que posent les art. 1156 et suivants du Code civil pour l'interprétation des conventions. Pour les lois comme pour celles-ci, il s'agit toujours d'une interprétation de volontés [1].

Beaucoup des règles relatives à l'interprétation des lois ont été formulées en axiomes ou proverbes juridiques, auxquels on donne le nom de brocards ou d'adages.

257. En tant que son œuvre porte sur les sources formelles du droit, l'interprète a une double mission : il doit, d'une part, déterminer le véritable sens de la loi; d'autre part, appliquer les principes établis par la loi aux difficultés de la vie concrète, et par là en déterminer la portée. L'art. 2 du titre V du livre préliminaire confondait ce double objet de l'interprétation dans les termes suivants : « interpréter une loi, c'est en saisir le sens dans son application à un cas particulier » [2]. Fixer le sens de la loi, tel est l'objet de l'interprétation proprement dite. Adapter ses solutions générales aux faits particuliers et en préciser la portée, tel est l'objet de l'application [3].

258. I. *De l'interprétation proprement dite.* — Voici les principales règles à suivre pour déterminer le véritable sens de la loi.

1° Lorsque la loi s'exprime clairement, l'interprète doit avant tout s'en tenir à son texte. « Quand une loi est claire, disait l'art. 5 du titre V du livre préliminaire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit » [4]. On oublie trop cette sage maxime. L'œuvre de l'interprète

[1] Aubry et Rau, I, § 40, p. 193, n. 2; Gény, *op. cit.*, p. 231; Brocher, *op. cit.*, p. 80. — Cpr. Req. rej., 25 nov. 1857, S., 58. 1. 289, D., 58. 1. 299.

[2] Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 7.

[3] Cpr. sur toute cette matière, Aubry et Rau, I, § 40, p. 193 s., n. 1-8, et § 41, p. 197; Demolombe, I, n. 116; Demante, I, n. 22 s.; Laurent, I, n. 268-279; Planiol, I, n. 215-225; Gény, *op. cit.*, p. 220 s.

[4] Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 7.

est de reconstituer la pensée du législateur; et le meilleur moyen n'est il pas de s'en tenir à l'idée que le texte exprime clairement? S'écarter du texte certain de la loi, pour s'en tenir à son esprit, qui peut être douteux, c'est faire prévaloir sur ce qui est ce qui peut être, présumer que le législateur n'a pas su fidèlement traduire sa pensée, et risquer de substituer à la volonté de celui-ci celle de l'interprète (1).

Dans un cas cependant ce dernier a le droit et le devoir de s'écarter du sens littéral de la loi : c'est lorsqu'il est nettement démontré que le législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire, ce qui doit être rare et ne se présume jamais. L'interprétation étroite qui s'en tiendrait alors au texte de la loi, sacrifiant ainsi son esprit certain à sa lettre, a été qualifiée d'interprétation judaïque : elle ne saurait que consommer la violation de la loi, sous prétexte de la respecter (2).

En dehors de ce cas, la volonté législative doit être strictement obéie. Et il est interdit, sous prétexte de la définir, alors qu'elle est certaine, de rechercher dans quelle mesure elle s'adapte au milieu social dans lequel elle doit être appliquée. Ce n'est pas de sa conformité à ce milieu, mais de l'autorité qui la fait, que loi tire son énergie particulière et son caractère impératif (3).

258 *bis*. Par une autre conséquence de son caractère impératif et permanent, la loi doit être interprétée d'après la volonté même qui a présidé à son origine. L'en détacher pour en faire varier le contenu avec le mouvement social et l'assouplir aux exigences de l'heure présente ou aux transformations de l'existence, ne serait pas lui être fidèle : ce serait alors le milieu qui la façonnerait, et non elle qui régirait le milieu.

(1) Crim. cass., 13 juin 1891, S., 91. 1. 425. D., 92. 1. 77, et rapp. de M. Sallantin. — Civ. rej., 20 oct. 1891, S., 91. 1. 505 et note, D., 92. 1. 57, rapp. de M. Greffier et note de M. E. G. — Req. rej., 21 nov. 1898, S., 99. 1. 193, note de M. Wahl. — Req. cass., 15 avril 1899, S., 99. 1. 418. — Cf. Gény, *op. cit.*, p. 25 s. et p. 230 s.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 260 — Dijon, 20 juillet 1896, S., 97. 2. 61, D., 97. 1. 367. — Req. rej., 11 mai 1897, S., 97. 1. 336, D., 97. 1. 367. — Cpr. Civ. rej., 20 oct. 1891, précité.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 230 s.

Si c'est un acte de volonté, la loi doit être prise dans son expression originaire, car ce qui est fait est fait. Cette permanence de la règle légale ne porte d'ailleurs aucune atteinte au principe de la souveraineté nationale, puisque l'on reste toujours libre de l'abroger pour la remplacer par une autre mieux en harmonie avec les circonstances, tandis que la principale vertu de la loi formelle, qui est la certitude, et la sécurité des transactions avec elle, disparaîtraient, si elle se déformait elle-même automatiquement avec le cours du temps [1].

259. 2° Quand le sens de la loi est douteux, il faut d'abord recourir à l'interprétation grammaticale, qui a pour objet de déterminer le sens des mots et des phrases par l'application des règles du langage. Pour le sens des termes notamment, il faut préférer leur signification technique à leur signification vulgaire [2], et les entendre dans le sens qui se rapporte le mieux à la matière à propos de laquelle ils ont été employés (*secundum subjectam materiam*). Actuellement le législateur anglais prend soin de faire précéder les lois importantes d'un préambule où sont légalement définis les termes techniques qui s'y retrouvent.

260. 3° Il faut ensuite appliquer les très nombreux procédés de l'interprétation logique, qui, par la voie du raisonnement, et par dessus les mots, cherchent à parvenir jusqu'au centre de la pensée législative. On s'efforce alors d'obtenir l'interprétation de la formule légale, non plus par son seul secours, mais à l'aide d'éléments externes très divers qui viennent en développer toute la signification [3].

On rapproche, en premier lieu, le texte à interpréter des autres dispositions légales relatives au même objet ou à des

[1] Gény, *op. cit.*, p. 233 s. — Cpr. cep. Percerou, *Annales de dr. commercial*, 1898, p. 64; Meynial, *note*, S., 93. 2. 163.

[2] Parmi les nombreux vocabulaires et dictionnaires de droit on peut citer : Ragueau et Eusèbe de Laurière, *Glossaire du droit français*, Paris, 1704 ; Ferrière, *Dict. de droit et de pratique*, Paris, 1771 ; Dagar et Laporte, *Le nouveau Ferrière, ou dict. de droit et de pratique*, Paris, 1804-1807 ; Crivelli, *Dict. de droit*, Paris, 1825 ; Biret, *Vocabulaire des cinq codes, ou définitions, etc.*, Paris, 1826 ; Tolluire et Boulet, *Le Ferrière moderne*, Paris, 1840.

[3] Cf. Gény, *op. cit.*, p. 239 et 249 s.

objets analogues, toutes ces dispositions devant être supposées parfaitement cohérentes. « *Incivile est, nisi tota lege perspecta..., judicare vel respondere* » (L. 24, D., *De legibus*, 1, 3). « Pour fixer le vrai sens d'une loi, disait l'art. 6 du titre V du livre préliminaire, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions » (1).

261. 4° On recherche l'esprit de la loi, c'est-à-dire ses motifs, son but (*ratio legis*). On les trouve dans le caractère et les opinions de ses rédacteurs, dans les circonstances concrètes de toutes sortes (*occasio legis*) qui ont donné lieu à sa confection, dans le milieu social qui l'a vue éclore, dans les travaux préparatoires, dans les écrits des jurisconsultes, et enfin dans le droit antérieur, car, lorsque le législateur reproduit une règle déjà formulée par la loi, il est probable qu'il lui conserve le sens qu'elle y avait. « *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint* » (L. 28, D., *De leg.*, 1, 3). Tels sont les nombreux éléments qui doivent être mis à contribution pour connaître l'esprit de la loi. « Il n'y a rien de si utile dans l'étude de la jurisprudence, dit Eusèbe de Laurière (2), que de bien examiner par quel motif ou pour quelle raison chaque loy a été établie ; et si nos auteurs s'en étaient voulu donner la peine, un nombre infini d'articles de nos Coutumes, dont on se sert tous les jours pour la décision des causes, paroîtraient moins obscurs ».

261 *bis*. Le rôle de l'élément historique dans l'interprétation de la loi demande d'ailleurs à être précisé. Or, comme il s'agit uniquement de rechercher l'influence qu'il a *en fait* exercée sur le législateur, c'est à l'idée qu'il s'en faisait personnellement, et non à sa réalité objective, qu'on doit s'attacher, cette idée fût-elle certainement erronée. La vérité historique ne saurait être de nulle considération pour déterminer le sens d'un texte, alors que, par hypothèse, ses rédacteurs ne l'ont pas connue (3).

262. Quant aux travaux préparatoires, l'usage, quoi qu'on ait dit, en est légitime pour éclairer la signification et la

(1) Fenet, *op. cit.*, p. 7. — Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 247 s.
(2) *Tènement de cinq ans*, ch. III, n. 1, p. 74.
(3) Gény, *op. cit.*, p. 251. — Cpr. Brocher, *op. cit.*, p. 31 s.

portée d'une loi, puisqu'il ne s'agit, après tout, que de savoir ce que ses auteurs ont voulu. Mais du moins faut-il les soumettre à une critique rigoureuse, pour ne pas donner une importance exagérée à l'expression des opinions qu'ils révèlent. Tout dépend à cet égard du mécanisme législatif, car, suivant ce qu'il est, le poids de ces opinions est essentiellement variable. Ainsi les vues émises au cours d'une discussion peuvent être plus ou moins considérées comme des commentaires autorisés du texte, suivant que la loi est soumise ou non à la sanction d'un pouvoir supérieur au pouvoir législatif, qu'elle est l'œuvre de ce pouvoir, le plus souvent collectif, ou du pouvoir réglementaire, représenté ordinairement par un seul individu, qu'elle émane d'une ou de deux assemblées, que la confection de cette loi a été plus ou moins longue et s'est prolongée pendant une ou plusieurs législatures, que les contradictions ont été plus ou moins nombreuses ou négligeables. Et c'est l'extrême difficulté de tenir un compte exact de tous ces éléments divers qui a beaucoup affaibli, en doctrine et en jurisprudence, la valeur des arguments empruntés aux travaux préparatoires [1].

On consulte spécialement avec profit, pour l'interprétation du code civil, les discussions du conseil d'Etat, les observations du tribunat, les discours prononcés devant le corps législatif. Toutefois il ne faut pas grossir l'importance de ces documents. On se tromperait parfois gravement en considérant, même lorsqu'elles ne sont pas contradictoires, les opinions émises au conseil d'Etat ou au tribunat comme un commentaire officiel de la loi, car elles n'ont été souvent que l'expression d'avis individuels. Quant aux discours des orateurs du gouvernement, ils offrent encore moins de garanties, et de nombreuses erreurs s'y rencontrent [2].

263. 5° On apprécie enfin les conséquences auxquelles conduit la loi, suivant qu'on l'entend dans tel ou tel sens. On doit toutefois user avec discrétion de ce procédé : il ne permet guère d'écarter que les interprétations qui feraient consacrer par la loi une injustice ou une inconséquence.

[1] Gény, *op. cit.*, p. 254 s.
[2] Cpr. Brocher, *op. cit.*, p. 48 s.

264. II. *De l'application proprement dite.* — L'interprète doit, en second lieu, résoudre les questions concrètes que soulève la vie, en faisant l'application des principes que la loi a posés. Sous ce rapport, il constitue une sorte d'intermédiaire entre la formule légale des textes et la réalité qu'elle doit régir, chargé de déterminer la prise qu'ils doivent avoir sur cette réalité.

C'est principalement à l'aide de l'esprit de la loi qu'on peut en fixer la portée [1] : la loi, sauf en matière pénale, doit être appliquée à tous les cas qui, quoique non compris dans son texte, doivent être régis par lui d'après son esprit. L'art. 8 du titre V du livre préliminaire consacrait cette règle [2], qui est le fondement de l'interprétation extensive [3]. Cette extension s'opère à l'aide de l'argument *a pari*, formulé dans l'adage : *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio,* ou *ubi eadem ratio, idem jus,* et qui se fonde sur la similitude des situations, et de l'argument *a fortiori,* qui s'appuie sur ce que les motifs de la règle légale se retrouvent encore plus dans les circonstances qu'elle n'a pas prévues que dans celles dont elle s'est occupée expressément.

Toutefois l'argument d'analogie n'est pas admissible lorsqu'une disposition est exceptionnelle, c'est-à-dire qu'elle déroge à une autre règle [4]. Tel est le sens de la formule souvent répétée : l'exception est de droit étroit, et des adages : « *exceptio est strictissimæ interpretationis* », « *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* » [5], adages que l'art. 7 du titre V du livre préliminaire avait ainsi traduits : « les exceptions qui ne sont point dans la loi ne doivent point être suppléées » [6].

En sens inverse, la loi ne s'applique pas aux situations qui, quoique comprises dans son texte, sont exclues par son esprit de sa disposition. *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio.*

(1) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 239 s.
(2) Fenet, *op. cit.*, II, p. 7.
(3) Gény, *op. cit.*, p. 259.
(4) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 501.
(5) Cf. LL. 14 et 15, D., *De leg.*, I, 3.
(6) Fenet, *op. cit.*, II, p. 7.

Tel est le principe de l'interprétation restrictive [1]. Il est vrai que, en vertu d'une autre règle, il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas elle-même : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Mais cette règle, qui, en défendant de restreindre l'application d'un texte conçu en termes généraux, est uniquement fondée sur le respect de la volonté de ses auteurs, ne saurait certes faire obstacle à ce qu'il soit interprété restrictivement, lorsque telle est justement, par hypothèse, l'intention du législateur.

L'argument *a contrario sensu*, formulé dans les brocards suivants : « *qui dicit de uno negat de altero* », « *inclusione unius, fit exclusio alterius* », est une des autres ressources de l'interprétation restrictive. Cet argument part de la volonté exprimée en vue d'une certaine situation par le législateur, pour lui supposer dans toutes les autres une volonté contraire. Cette supposition pouvant être tout à fait gratuite, par cette raison que le silence du législateur est susceptible de s'expliquer de bien d'autres façons (cf. art. 1164 C. civ.), l'argument *a contrario* est dangereux ; il n'est probant que lorsque, partant d'une disposition certainement exceptionnelle, il permet de revenir au droit commun, qui reprend alors son empire [2].

II. *Interprétation du droit à défaut des sources formelles.*

264 *bis*-I. Lorsque les sources formelles du droit restent vraiment infécondes et ne fournissent plus, malgré toutes les ressources de l'interprétation des lois, la règle d'un rapport juridique, où cette règle doit-elle être cherchée? Est-ce toujours et malgré tout dans la loi, ou en dehors d'elle? La loi est-elle ou non assez riche pour remédier encore à sa propre insuffisance?

C'est seulement à une date récente que ce grave problème a attiré l'attention de la doctrine française comme il méritait réellement de le faire [3], et qu'on a pu discerner avec quel-

(1) Gény, *loc. cit.*

(2) Gény, *op. cit.*, p. 260.

(3) F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899; Saleilles, Préface du livre de M. Gény, *Rev. intern. de l'enseig.*, 1891, XXII, p. 39 s., et *Annales de droit commercial*, 1891, V, p. 217 s , et 1897, XI,

que netteté les tendances auxquelles obéissaient, suivant leur instinct ou leur tournure d'esprit, les divers interprètes. Aujourd'hui l'analyse peut saisir avec une précision presque suffisante, du moins dans leurs principes premiers, sinon toujours dans le détail de leur application, ces systèmes d'interprétation différents, qu'il semble qu'on puisse réduire au nombre de trois, en faisant abstraction des compléments ou des réserves que chaque auteur a cru devoir y apporter.

264 *bis*-II. On a donné le nom de « traditionnelle » à une première méthode, qui propose à l'interprète de puiser uniquement toutes ses inspirations dans la loi écrite, c'est-à-dire à la fois dans son texte et dans les conceptions fondamentales dont elle est supposée l'émanation. Peut-être cependant ce qualificatif ne lui convenait-il pas tout à fait, puisque, de l'aveu même de ceux qui l'ont choisi, nos anciens docteurs croyaient jouir d'une liberté plus grande, et que les premiers commentateurs du code civil ne pensèrent pas non plus que sa publication les avait privés de tout pouvoir créateur et de toute indépendance dans l'interprétation du droit (1). Ce serait en effet, prétend-on, seulement vers le milieu du XIXe siècle, qu'une nouvelle génération de jurisconsultes, entièrement formée après la promulgation du code et imbue de ses principes, se serait cru liée, dans toute la sphère du droit, par l'esprit même de ses dispositions, et partant appelée désormais à en développer toutes les conséquences, même dans les domaines dont ces dispositions étaient les plus éloignées (2).

Effectivement, de quelque façon qu'on la désigne, ce qui fait le fond de cette méthode, c'est cette supposition que la loi codifiée devient l'unique source du droit. La codification,

p. 45 s.; Planiol, I, n. 128, 129, 216, 221 et 224; Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, Lille, 1892, préface; Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893, introduction, et *Rev. intern. de l'enseig.*, 1900, XXXX, p. 216 s.; Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence* (thèse, Caen), 1897.

(1) M. Gény, *op. cit.*, p. 20, croit pouvoir constater ces tendances chez Proudhon et Duranton, et aussi chez Toullier, Duvergier et Taulier.

(2) Cf. Blondeau, *L'autorité de la loi*, 1841, *Comptes rendus de l'Acad. des Sc. mor. et pol.*, Vergé et Loiseau, 1893, p. 362 s., et 445 s. — Pour le plus ample exposé de cette méthode, cf. Gény, *op. cit.*, p. 15 s. — M. Gény, *op. cit.*, p. 22, compte parmi les partisans de cette méthode : Demante, Marcadé, Aubry et Rau, Demolombe et, au premier rang, Laurent.

pour ses adeptes, n'a pas seulement pour effet de fixer le droit dans son état actuel : elle contient encore en germe, par l'esprit général qui l'anime, ses applications futures. Le contenu des principes du gouvernement juridique de la société qu'il établit n'est pas épuisé par ses dispositions formelles : ils sont toujours prêts, au contraire, à prendre dans l'avenir un nouveau développement de vie, dès que les circonstances leur seront favorables. Ou, si l'on veut encore, la volonté du législateur s'était bien exprimée sans doute dans des règles de détail et en vue presque toujours de rapports concrets. Mais elle était infiniment plus compréhensive par son origine, car cette volonté était commandée elle-même par une conception essentielle, très générale, et de nature, par suite, à dominer les rapports mêmes qui, faute d'utilité actuelle, n'avaient pu retenir l'attention législative.

Dans ces idées, l'interprétation du droit devient synonyme d'interprétation de la loi, et celle-ci ne se présente plus que comme une recherche de volonté, qui ne trouve de base ferme que dans les manifestations positives de la loi même. Ce n'est point qu'il faille s'en tenir à ces manifestations : il faut, au contraire, les dépasser, mais en les conservant toujours comme points d'appui pour élargir, à l'aide des procédés du raisonnement, le champ de la règle qu'elles déterminent. La formule légale apparaît alors comme un tissu indéfiniment extensible et de la plus précieuse souplesse, grâce auquel on peut donner aisément satisfaction aux besoins les plus nouveaux et les plus imprévus, par le seul résultat d'un travail en quelque sorte mécanique.

C'est à la logique en effet qu'il appartient, dans cette méthode, de féconder les germes déposés dans la loi par la volonté de ses auteurs. La tâche de l'interprète va consister à dégager, au moyen de l'induction, des expressions particulières de cette volonté, le principe supérieur dont elles procèdent, à les rattacher les unes aux autres par le lien du concept général dont elles sont autant de reflets, puis, remonté par cette voie à leur source commune, à redescendre, par le courant de la déduction, vers le champ des conséquences, pour leur reconnaître également à toutes la même force

obligatoire. Apprécier leur valeur équitable ou utilitaire, les juger d'après les besoins sociaux, comment le ferait-il? Ce serait élever le conflit entre des considérations extrinsèques et les motifs reconnus de la loi, faire ou rectifier la loi au lieu de l'interpréter, et substituer la volonté d'individualités sans mandat à la seule volonté légitime et impérative. Ainsi surgissent de cette élaboration purement logique de la matière législative des constructions juridiques, dans lesquelles viennent s'encadrer de force, comme les éléments d'un système arrêté par les organes de la pensée collective, toutes les solutions de la doctrine et de la jurisprudence.

Cette rigidité de tout le système n'est pas d'ailleurs sans de grands avantages. D'une part, en précisant les contours de l'organisation juridique, elle permet à l'esprit d'embrasser d'un regard d'ensemble et de ramener à l'unité des solutions dont la cohérence risquerait, sans elle, de lui échapper. D'autre part, en assignant d'autorité à chacune d'elles une place dans la théorie dont elles sont les dépendances, elle opère un travail constant de réduction sur les excroissances qui menaceraient d'altérer graduellement la substance des normes du droit, s'oppose aux déviations possibles et maintient toutes les parties dans la ligne. Mais ce n'est pas tout encore. La fixité du droit, qui est le fruit de cette méthode, n'est-elle pas aussi le meilleur gage de la stabilité des relations juridiques? Tandis qu'elles restent soumises de la sorte aux règles explicitement ou implicitement consacrées par une volonté ancienne, fixe et bien connue, elles seraient incessamment menacées par l'évolution continue du droit, s'il était vrai qu'il dût s'adapter sans cesse, par un phénomène de génération spontanée, aux variations du milieu social et économique. Certes cette adaptation peut devenir nécessaire, mais elle doit être l'œuvre de la loi même, et non de l'interprète, qui n'a d'autre rôle que de l'appliquer.

264 *bis*-III. Cette méthode devait susciter les plus vives critiques [1]. On ne pouvait manquer de lui reprocher tout d'abord de paralyser l'évolution fatale du droit. Le droit

[1] Cf. la critique magistrale qui en a été faite par M. Gény, *op. cit.*, p. 53 s.

participe en effet au cours naturel des choses et ne peut être plus immuable qu'elles-mêmes. Il a pour objet d'apporter satisfaction aux besoins de la société, et non d'obéir aux lois rigoureuses de la logique. Pour s'adapter à ces besoins, il doit se modifier, comme eux, avec le temps. Or il semble bien que la méthode classique lui enlève précisément toute plasticité. En s'attachant scrupuleusement à la poursuite de la volonté législative, non pas même au moment où la règle doitêtre appliquée, mais à l'instant de la publication du Code, et non seulement pour les cas où cette volonté s'est exprimée, mais même au sujet de difficultés qu'elle n'a pas prévues ni parfois pu prévoir, elle condamne le droit à l'immobilité, à la stagnation. Les rapports que la vie moderne a suscités sont, de force, assimilés à des relations anciennes et dont la raison et l'utilité générale, sinon les sèches déductions de la logique, auraient voulu qu'ils fussent restés indépendants. Il faut qu'ils rentrent dans les cadres des théories déjà formées, dût-on les déformer eux-mêmes à la suite de cette opération obligatoire. Le droit devient ainsi une science purement syllogistique, géométrique, presque une science exacte. Compris de la sorte, il constitue un ensemble de théorèmes, au nombre arrêté, dont il n'y a plus qu'à poursuivre l'application mathématique.

Mais il s'écarte de plus en plus de la vie réelle, en prétendant la faire à son image, au lieu de s'assouplir, comme il le devrait, à ses exigences. S'il lui plaît, contrairement à sa mission même, de n'en point suivre le cours, il demeure impuissant à le refouler, et il ne saurait dépendre de lui de plier les faits concrets à ses lois plus ou moins abstraites. La vie cherche en dehors de lui les satisfactions pratiques dont elle ne saurait se passer, et dans cette lutte c'est elle qui finit par emporter les résistances du droit. C'est qu'elle trouve pour cet objet une aide délibérée dans la jurisprudence, sur laquelle les faits exercent le même empire que les règles conservent trop exclusivement sur la théorie. Ainsi s'établissent, à la suite de ces conflits répétés, le divorce de la doctrine et de la pratique, et cette étrange distinction, dans le même pays, de deux législations, dont l'une, la seule prétendue existante, ne

s'applique pas, tandis que l'autre, à qui on dénie toute réalité, est vraiment seule en vigueur.

Et que devient alors cette soi-disant certitude qu'on représente comme un des bienfaits les plus certains de la « méthode des interprètes du Code civil »? Bienfait imaginaire, puisque les seules règles auxquelles on obéisse sont justement celles qui sont dépourvues de l'autorité légitime, et que la vie se donne, au nom de l'utilité sociale, celles qu'une interprétation trop étroite lui refuse! Au vrai, la sécurité des relations diminue, puisqu'elle reste exposée aux atteintes toujours imminentes de cette sorte de droit coutumier qui surgit plus ou moins brusquement du fonds social. De plus ces créations nouvelles ne sont pas annoncées de loin aux particuliers, comme elles le seraient par une doctrine attentive à les pressentir pour leur donner d'elle-même l'organisation désirable. C'est dire que celle-ci abdique de la sorte l'influence bienfaisante qu'elle garderait sur la réalité, si elle s'en constituait franchement la servante éclairée, au lieu de s'efforcer vainement de la ramener sous le joug de ses normes étroites et de l'asservir à des théories prédéterminées [1].

264 *bis*-IV. Mais d'où procèdent donc, dans cette méthode, cette exagération de l'importance de l'élément légal pour l'interprétation du droit, et ce postulat, sur lequel elle repose toute, que toute solution doit venir de la loi [2]? Peut-être est-ce bien, comme on l'a dit, des illusions de l'esprit classique du XVIIIe siècle et de l'esprit révolutionnaire, et aussi de la fausse conception qu'on se fit des résultats d'une codification. Avant même, en effet, qu'elle fût réalisée ou même sérieusement entreprise, le législateur de l'ère intermédiaire, ambitieux de faire une œuvre entièrement nouvelle et, sous le rapport juridique comme aux autres, de recommencer l'histoire, s'était pénétré de cette conviction que la loi devait contenir tout le droit. Sinon, le droit, libre de se former par ailleurs, ne risquait-il pas d'aller s'alimenter, presque ins-

[1] Cf. Gény, *op. cit.*, p. 185; Lambert, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, XXXX, p. 220 s.

[2] Sur l'évolution historique de la notion de codification dans le droit français, cf. Gény, *op. cit.*, p. 64 s.

tinctivement et fatalement, à ce fonds de règles abolies dont on voulait effacer jusqu'au souvenir ? Et, d'autre part, la puissance de la raison pure ne suffisait-elle pas pour embrasser, en quelques dispositions claires et catégoriques, tous les rapports sur lesquels devait s'étendre l'empire de la loi ? Ne pensait-on pas enfin fermement que l'ordre nouveau qui se fondait était vraiment définitif et à l'abri des atteintes de l'avenir ?

La volonté législative, donc, put et dut apparaître comme omnipotente et suffisant à tout. De là l'institution du *référé*, qui remettait au seul pouvoir législatif le droit, non pas seulement de donner l'interprétation authentique et générale de la loi, mais même de statuer sur toutes les difficultés de son texte, que le juge ne pouvait appliquer lui-même que lorsqu'il était clair (*référé facultatif*), et qui, en outre, imposait au pouvoir judiciaire l'obligation d'attendre de l'autre, en cas de décisions contradictoires des tribunaux, l'interprétation officielle d'une disposition reconnue défectueuse (*référé obligatoire*). De là encore la limitation initiale des attributions du tribunal de cassation, « établi auprès du corps législatif », et uniquement chargé d'annuler les jugements qui contiendraient « une contravention expresse au texte de la loi », comme si cette juridiction n'était qu'une sorte de prolongement du législateur, que tout le droit dût se dégager nécessairement de la loi, et qu'il n'y eût plus dès lors qu'à en faire respecter le texte !

Mais le référé législatif n'a laissé que le souvenir des entraves qu'il mettait à une bonne administration de la justice et la preuve de l'inaptitude du législateur à fournir à temps l'interprétation de ses actes, et il n'a pu tarder à disparaître. D'un autre côté, pour ne pas manquer à sa vraie mission, la Cour suprême a dû étendre son rôle et remplir une fonction plus large que celle qui consistait à venger le texte des lois : elle a été nécessairement entraînée à prendre en mains toute la direction de l'élaboration juridique et à réprimer, avec la violation formelle des dispositions expresses, la fausse application et la fausse interprétation de la loi. Chargée d'abord d'un rôle négatif de censure, elle a fini par être mise en pos-

session du pouvoir positif de faire prévaloir son autorité et ses solutions sur celles des tribunaux qui lui sont subordonnés. Et enfin, avant même que les institutions eussent été ainsi successivement adaptées aux strictes exigences de la vie sociale, la conception de l'objet de la fonction législative et des résultats de la codification s'était modifiée elle-même, pour se conformer à la vérité [1].

Les rédacteurs les plus éclairés du code civil ne partagèrent pas, en effet, sur les destinées de leur œuvre, le vain espoir de Napoléon dont l'orgueil s'était plu à penser que son code se passerait de tout commentaire, comme de tout apport du développement ultérieur de la société. « Tout prévoir, avait affirmé Portalis dans son discours préliminaire [2], est un but qu'il est impossible d'atteindre ». — « Comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? — Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... — L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. — C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. — De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation... C'est à la jurisprudence que nous abandonnons... tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 67 s.

[2] Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, I, p. 467 s. ; Locré, *Lég.*, I, p. 255, n. 8, et p. 257 s., n. 9 s.

qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps;* mais, à proprement parler, *on ne les fait pas.* »

Voilà en quels termes très nets fut limitée à l'avance la portée de la codification de 1804, comme doit l'être au surplus celle de toute législation positive. Sans doute la codification proprement dite, par cela même qu'elle détermine avec précision et qu'elle coordonne toutes les dispositions relatives à une même matière, qu'elle opère à cette fin une refonte de tous les matériaux préexistants et qu'elle y amalgame en outre quelque chose de nouveau, est animée d'un certain esprit général, qui offre une base assez solide au développement analogique du droit. Elle a des effets novatoires considérables et se prête, comme une souple étoffe, à ceux qui, de ses dispositions formelles, veulent tirer d'autres règles encore. Mais, malgré tout, et c'est ce qu'ont trop oublié les adeptes de l'ancienne méthode, elle ne saurait avoir sur l'avenir le même empire qu'elle a sur le passé, car, par nature, ce n'est rien de plus en définitive qu'une loi [1].

264 *bis*-v. Or l'infirmité de la loi, pour fournir à elle seule toute la matière de l'élaboration juridique, est irrémédiable, parce qu'elle procède d'une double cause. D'une part, comme la loi est le produit d'une intelligence et d'une volonté, elle participe de leur infirmité à elles-mêmes : elle ne saurait saisir que les rapports actuels, résoudre que les conflits déjà nés, tout au plus pressentir les plus probables. Mais les transformations sociales sont si profondes et si incessantes qu'un pouvoir divinatoire seul serait capable de donner par anticipation des règles aux intérêts nouveaux qu'elles feront surgir. D'autre part la volonté légale, comme toute autre, n'a de force que celle que lui imprime son expression dans une formule. Mais, si même le contenu de cette formule doit être largement entendu, elle ne saurait toutefois, si abstraite qu'on la suppose, étendre son autorité jusqu'aux situations qu'elle n'a réellement pas visées, et cette autorité

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 96 s.

s'arrête, en tout cas, à partir du point où le législateur n'a plus su ou pas pu traduire sa pensée. Toute loi trouve donc sa limite normale à la fois dans la perspicacité de ses auteurs et dans leur habileté à couler leur volonté dans le verbe d'une disposition formelle. Et vainement auraient-ils émis la prétention de se soustraire à cette limitation inéluctable, car, en voulant aller ainsi contre la nature des choses, leur volonté se serait frappée elle-même de stérilité [1].

264 *bis*-VI. Quoi qu'elle en eût, la méthode traditionnelle ne pouvait donc parvenir à faire jaillir tout le droit de la loi qu'elle en proclamait la source unique. C'est pourquoi elle dut s'appliquer à la féconder par l'emploi d'une logique tout abstraite et travailler à son développement interne par la systématisation outrée de ses dispositions. Et d'être tombée dans cet excès, ce n'est pas le moindre grief qu'on lui adresse. Ses adeptes ne se sont plus contentés, en effet, de s'essayer à dégager des éléments légaux les principes qui leur servaient de support et à découvrir, par abstraction et généralisation, des règles très compréhensives, en quoi ils ne quittaient point le terrain des réalités objectives, puisque les décisions de la loi étaient puisées dans la nature des choses. Par un nouvel effort d'abstraction qui les entraînait de plus en plus loin de la vie concrète, ils en sont venus à vouloir isoler, dans les principes eux-mêmes, des éléments purement idéaux, des catégories logiques, dont la combinaison et l'arrangement ont engendré des concepts et des constructions où se sont encadrées les dispositions légales. Mais, légitime dans la mesure où il fournissait le développement naturel de leur application et offrait satisfaction aux exigences pratiques, ce procédé constructif cessa de l'être dès qu'on le fit servir à violenter la réalité et qu'on émit la prétention de la faire entrer bon gré mal gré dans des cadres inflexibles, au lieu de les assouplir eux-mêmes à ses nécessités. On en vint ainsi à oublier que toutes ces constructions logiques étaient une œuvre de l'esprit, principalement subjective, et que c'était à elles de se mettre au service de la réalité, et non à celle-ci

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 109 s., et p. 222 et 223.

de se plier aux réclamations d'une dialectique abstraite. A partir de là les concepts juridiques ne favorisaient plus les progrès du droit et son adaptation à la vie concrète : tout au contraire ils les paralysaient. Participant de l'immutabilité de la loi, dont on les avait fait surgir avec plus ou moins de complaisance, ils arrêtaient ou déformaient tout au moins les créations continuelles du mouvement social. La pensée dont ils étaient les produits ne redoutait pas de vouloir régenter le fait, le moyen technique était considéré comme supérieur à la fin, et la jurisprudence, de téléologique qu'elle aurait toujours dû rester, devenait, par la plus singulière des aberrations, une science presque exclusivement logique [1].

264 *bis*-VII. C'est par réaction contre le dogmatisme et la rigidité de cette première méthode qu'il s'en est affirmé une seconde, de tendances diamétralement opposées, et qui a séduit beaucoup de nos plus récents civilistes [2]. Pénétrée de cette idée que « le droit doit, avant tout, satisfaire aux nécessités de la vie juridique actuelle », et pleinement convaincue que la loi, strictement interprétée dans son contenu interne, est impuissante à elle seule à le faire, elle ne craint pas de professer que « la meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente ».

Pour concilier la liberté qu'elle n'hésite pas à prendre ainsi vis-à-vis des textes avec l'autorité impérative de la loi, elle remarque tout d'abord que la formule abstraite de celle-ci ne saurait épuiser toute la nature organique du droit, ni envelopper tous ses mouvements. Pour elle encore cette formule, une fois arrêtée, se détache, en quelque sorte comme un rameau qui irait prendre racine, de la pensée de ses auteurs, pour vivre d'une existence autonome et se courber à toutes les modifications de la vie sociale. Ou bien enfin elle se représente la loi comme la simple expression d'un certain état de la société, qui ne doit pas être plus invariable que lui-

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 111 s.

[2] Cf. Delisle, *Traité de l'interprét. jur.*, I, p. XVI; Percerou, *Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 64 ; Bouvier et Jèze, *Rev. crit.*, 1897, XXVI, p. 388 s., et 430 s. ; Lambert, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, XL, p. 223 s. — Cf. pour l'exposé de cette méthode, et sur certaines de ses applications, Gény, *op. cit.*, p. 223 s.

même, mais qui doit tout au contraire suivre fidèlement les variations de cet état, de telle manière que la physionomie en vienne à pouvoir profondément changer. Dans cette conception audacieuse, le texte ne vaut donc plus par ce que le législateur y a mis, mais par ce qu'il est possible d'y faire entrer avec un peu d'habilité, pour déférer aux suggestions de la pratique : il sert à couvrir de son autorité des domaines restés en dehors de son empire et de ses prévisions, et il devient, ainsi compris, l'un des plus précieux instruments de l'évolution juridique.

264 *bis*-VIII. Pour séduisante qu'elle fût, cette conception devait trouver beaucoup d'esprit rebelles [1]. Comment voir, en effet, un système d' « interprétation » de la loi dans une méthode où le texte légal n'est vraiment plus qu'un prétexte ? Comment se résoudre à l'invoquer à l'appui des solutions les plus inattendues, si l'on veut sincèrement lui rester fidèle ? Si les lois sont des volontés, le respect qui leur est dû tolère-t-il qu'on coule dans le moule de leurs dispositions des prescriptions qui ne devaient pas y entrer, de par ces volontés mêmes ? C'est que la nécessité sociale de ces prescriptions ne saurait suffire à les légaliser, c'est-à-dire à les placer sous le couvert de la loi formelle : le pouvoir législatif seul pourrait les prendre à son compte. Qu'on cherche à remédier à l'insuffisance de son intervention, rien de mieux. Mais ce qui semble tout à fait interdit, c'est de se mettre à sa place et de prêter à la loi des règles qu'on sait qu'elle n'a pas pu consacrer.

Au surplus, n'aperçoit-on pas que sous ce large pavillon pourraient se glisser toutes les fantaisies du subjectivisme de l'interprète ? Ainsi libéré de toute gêne, il n'emprunterait plus à la loi positive que la force particulière de ses injonctions, pour la communiquer à des vues personnelles plus ou moins conformes à la réalité objective. Mais que deviendrait alors ce grand avantage de la législation écrite qui est, sinon de traduire toujours fidèlement les inspirations de la conscience collective, du moins d'assurer, par le caractère de

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 228 s. et p. 233.

certitude qu'elle confère aux règles qui les gouvernent, la sécurité des transactions individuelles? Il est bien vrai qu'en entrant dans l'application aux prises avec le milieu social, ces règles sont exposées à ressentir le contre-coup des transformations qui s'y opèrent. Mais le rôle de l'interprète est-il précisément, sous prétexte d'adaptation au milieu, d'en ruiner le contenu interne, pour y substituer les produits de sa propre élaboration, ou n'est-il pas plutôt de les protéger dans la mesure du possible contre toutes les déformations?

On objectera, à la vérité, que, sans cette adaptation nécessaire, on ne se prémunit pas plus que dans la méthode classique contre l'éventualité du dédoublement du droit et de la séparation si préjudiciable d'une doctrine rebelle aux faits et d'une pratique judiciaire toute docile à leur influence. Mais il faut alors ne pas se dissimuler toute la vraie portée de cette grave objection. Elle conduit tout droit à affirmer que, dans le conflit de la loi, qui prétend au règlement des rapports humains, et de la vie concrète dont ils surgissent, c'est la volonté plus ou moins instinctive, incertaine et inconsciente de la masse qui doit l'emporter toujours sur la volonté réfléchie, ferme et expresse du pouvoir qui est justement chargé de donner des normes positives à la société. Et dans ce système on n'est plus seulement autorisé à considérer, au bout d'un certain temps, comme tombée en désuétude une loi qui ne répond plus aux aspirations de la conscience générale : on doit très logiquement se croire permis de dénier, dès le jour de sa publication, toute force obligatoire à celle qui ne reflète pas suffisamment ces soi-disantes aspirations. Mais pourquoi? Parce qu'on peut être assuré en ce cas qu'elle sera, dès sa mise en vigueur, l'objet des résistances des intéressés, qu'ils s'efforceront de la plier à leurs exigences, et que, tôt ou tard, si la loi est vraiment mal faite, ils y réussiront avec l'aide de la jurisprudence. Mais, si on entend aussi accepter ces résultats, qu'on ne vienne plus parler de la vertu particulière de la loi comme source du droit! Car la loi ne vaut plus que par sa conformité avec les pensées et les habitudes du milieu qu'elle devait régir, et c'est elle qui doit

obéir à ceux qui lui devaient l'obéissance. Et quant à la doctrine, elle cesse alors de faire œuvre véritable d'interprétation : elle n'est plus chargée que de tâter le pouls à l'opinion, de donner quelques conseils aux affaires, sauf à elle, s'ils ne sont pas écoutés, à se mettre à la remorque des idées régnantes et à ratifier toutes les pratiques contre lesquelles elle avait commencé par protester. C'est à ce singulier éclaireur à suivre lui-même les faits, s'ils résistent à ses directions, puisqu'ils priment jusqu'aux injonctions de la loi.

264 *bis*-IX. Entre ces deux méthodes également outrancières, on peut en concevoir une autre, qui se sente plus dégagée que la première vis-à-vis de la loi, et qui reste cependant plus respectueuse que la seconde de la volonté dont la loi est véritablement pleine. A l'une elle emprunte son principe que la formule légale doit être naturellement interprétée comme toute manifestation expresse de volonté, c'est-à-dire en la replaçant dans le milieu d'où elle est sortie et en lui maintenant sa physionomie originaire. Car l'évolution des choses ne doit pas plus avoir la force d'altérer l'expression et les effets de cette volonté collective que ceux des volontés particulières qui se seraient affirmées dans un acte juridique. Mais à l'autre elle prend aussi cette idée que le droit doit se constituer le servant de la réalité concrète où il plonge ses racines, et suivre ses mouvements dans toute la mesure où des textes impérieux ne le condamnent pas à l'immobilité. Cette méthode ne sollicite donc pas les dispositions légales, comme le fait la méthode traditionnelle, pour en tirer mécaniquement et par un travail tout logique des conséquences auxquelles leur auteurs n'avaient vraiment pas songé. Mais elle ne les torture pas non plus comme la seconde, pour couvrir abusivement de leur autorité les solutions parfois les plus étrangères ou même les plus opposées à leur esprit, sous prétexte que ces solutions sont commandées par l'état social actuel.

En résumé, cette méthode fait deux parts dans l'œuvre interprétative, suivant que l'interprétation a pour objet de déterminer le contenu de la loi ou de toute autre source formelle du droit, ou qu'elle se propose au contraire de remédier à leur insuffisance. Dans la première, l'activité de l'interprète

est plutôt réceptive. Elle devient surtout créatrice dans la seconde [1]. Et voici, en termes très généraux, comment on peut comprendre que l'une et l'autre doivent s'exercer.

264 *bis*-x. Pour déterminer avec exactitude et fidélité le contenu de la loi, il faut, tel est le principe fondamental, usant des procédés communément décrits, s'attacher uniquement et complètement à la volonté qui en a été l'inspiratrice.

Dès lors, en premier lieu, cette volonté s'impose, quoiqu'elle porte la marque de l'époque à laquelle elle s'est fixée et qu'elle ait été conditionnée jusqu'à un certain point par les éléments du milieu où elle devait s'appliquer. Il n'est donc pas permis de rechercher ce qu'elle aurait pu être, si elle s'était manifestée plus tard, ou ce qu'elle aurait dû être, si elle avait été plus éclairée [2]. Elle ne pourrait être négligée tout au plus que si la situation à laquelle son application était subordonnée s'était radicalement modifiée ou même avait définitivement disparu, auquel cas son objet ne saurait vraiment plus être atteint. Et, par une conséquence de cette première règle, il n'y a pas à distinguer suivant que la volonté légale s'est formulée dans une disposition concrète immédiatement utilisable ou dans un principe abstrait aux contours plus enveloppants [3], ou enfin qu'elle s'est énoncée, explicitement ou implicitement, sous la forme encore plus abstraite d'une pure conception théorique [4]. Dans tous les cas et à la condition qu'elle consacre ainsi de véritables règles positives [5], l'injonction de la loi n'en est pas moins obligatoire, car à elle seule il appartient de fixer, dans sa souveraineté, le caractère de la consécration qu'elle donne à ces règles et l'enveloppe dont elle les revêt.

En second lieu, l'application d'une disposition dont la formule a été volontairement générale, ne saurait être restreinte aux seules hypothèses que le législateur a, de fait, envisagées

(1) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 190 s.

(2) Sur cette règle et son fondement, cf. Gény, *op. cit.*, p. 233.

(3) Portalis, *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, I, p. 462, n. 10 : « un principe devient une disposition, quand il est sanctionné par la puissance législative. »

(4) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 241 s.

(5) Sur cette condition et la valeur des dispositions du législateur relatives seulement à la méthode juridique, cf. Gény, *op. cit.*, p. 192 s.

ou même pu prévoir. L'élasticité voulue de la formule l'autorise à saisir tout le domaine qu'elle embrasse naturellement, et ce serait trahir la pensée de ses auteurs que d'y soustraire tout ce qui a pu, à raison de leur courte vue, rester en dehors de leur horizon. Ne peut-on dire qu'ils le soupçonnaient, s'ils ne le voyaient pas? La certitude de ce principe ne saurait faire oublier combien, par les conditions que son application suppose, celle-ci doit rester souverainement délicate.

Enfin, en troisième lieu, le sens de la formule législative doit être développé, soit par les ressources d'une logique tout interne qui aille jusqu'au fond de sa pensée et en épuise toute la substance, soit à l'aide de ce rapprochement des textes et de ces combinaisons de solutions seuls susceptibles d'en faire jaillir toute l'exacte portée, la volonté légale ne se dégageant bien que de l'ensemble de ses actes, soit enfin par le secours de ces éléments externes, de natures très diverses, qui fécondent la loi parce qu'ils la définissent mieux, et qui sont notamment la *ratio legis,* les circonstances historiques et les travaux préparatoires [1].

Mais — et c'est en ce point que cette méthode se sépare de l'ancienne — encore ne faut-il pas, sous peine de tomber dans les mêmes exagérations que celle-ci, demander à ces éléments variés d'interprétation plus qu'ils ne peuvent donner. Il est une limite passé laquelle la loi et, d'une façon générale, toute source formelle du droit, restent comme taries. D'une part, en effet, certaines volontés ne parviennent pas à cette possession, à cette maîtrise d'elles-mêmes qui seules leur communiquent la force de s'imposer aux autres : leurs défaillances leur enlèvent alors toute autorité, et elles doivent être de nulle considération pour le jurisconsulte, qui n'est pas chargé de leur souffler la vie qui leur manque. D'autre part, souvent aussi elles se sont volontairement assigné des limites, ou du moins ne se sont-elles pas empreintes de ce caractère de généralité qui leur aurait assuré le plus large empire : alors non plus elles ne sauraient être étendues en dehors de celui qu'elles se sont elles-mêmes déterminé, du moins avec la

(1) Cpr. Gény, *op. cit.,* p. 208 s , 220 s. et 230 s.

force impérative qu'elles doivent avoir en tant que lois, et offrir autre chose que des directions ou même de simples exemples. Mais ce ne sont plus elles qui doivent dicter des règles et se prêter une vie qu'elles n'ont pas : c'est à l'interprétation à construire dans les vides qu'elles ont laissés, et à faire appel pour cet objet à ce qu'on a appelé la « libre recherche scientifique » (1).

264 *bis*-XI. Ici commence donc la seconde partie de la tâche du jurisconsulte, celle où il exerce jusqu'à un certain point un pouvoir créateur, sinon arbitraire (2). Si sa recherche en effet doit être libre, en ce sens qu'elle est affranchie des lisières de l'autorité positive des sources formelles du droit, elle doit être aussi scientifique, c'est-à-dire n'aller puiser les éléments de son élaboration que dans les réalités objectives que la science même lui révèle. En un mot, c'est la vie, scientifiquement connue et analysée, qui, par son intermédiaire, doit donner des règles juridiques auxquelles la vie doit obéir. Le travail de libre recherche apparaît ainsi tout de suite comme profondément différent de la mise en œuvre, purement logique ou technique, à laquelle on s'est trop souvent livré d'une façon si exclusive. Ce n'est point que la logique ne doive pas s'associer à ce travail de découverte pour féconder le champ de ses résultats. Ce n'est point non plus qu'il doive exclure toute systématisation, et se priver par là de cet instrument de simplification et de coordination qui assure le développement harmonique des théories. Mais, en définitive, si ces deux éléments d'élaboration du droit offrent un précieux secours et des directions souvent utiles, il faut savoir mettre au dessus d'eux la satisfaction réellement adéquate des besoins sociaux, pour qui, après tout, le droit est uniquement fait (3). C'est donc dans le fonds social, humain et vivant, si riche de matériaux, qu'il faut puiser les solutions du droit, science sociale et non point science exacte ou mathématique,

(1) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 261 s.

(2) Sur les procédés de la libre recherche, dont nous ne pouvons ici donner qu'une idée, cf. les amples développements de M. Gény, *op. cit.*, p. 45[illegible] à 552.

(3) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 463 s. ; Saleilles, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, XIX, p. 496 s.

dussent-elles déborder des cadres où on se serait plu à les placer et introduire une complexité plus ou moins troublante dans l'unité des théories déjà construites. Car c'est le but qui doit créer le droit, et non l'esprit humain avec ses seules nécessités logiques.

La difficulté sera grande, sans doute, de déterminer le but vers lequel les créations de la libre interprétation doivent être orientées, et elle ne sera pas vaincue sans de longs tâtonnements [1]. Mais qu'y faire, puisque, par hypothèse, le secours de la loi n'est plus là pour l'éluder ? On tombera d'ailleurs facilement d'accord sur ce point que toute organisation juridique doit tendre à réaliser dans l'existence des hommes un idéal de justice et un idéal d'utilité. Et tel quel ce principe ouvre déjà des directions qui ne sont point négligeables. D'un côté il montre qu'il ne faut pas craindre d'interroger la raison et la conscience pour leur demander les bases morales des normes juridiques. Mais il montre aussi, d'autre part, que c'est seulement par l'étude des phénomènes sociaux qu'on peut parvenir, en cherchant le point où leurs actions et leurs réactions se font équilibre, à créer l'ordre stable que ces normes ont pour objet d'établir. Il ne saurait donc être question d'en revenir à la conception simpliste du droit naturel, qui prétendait trouver toutes les règles de nos actes dans la combinaison de quelques principes très généraux suggérés par la pure raison. Ces spéculations ne pouvaient aboutir qu'à des abstractions aussi éloignées que possible des exigences de la vie, et ce droit de nature, soi-disant absolu, immuable et universel, était condamné à rester, faute d'adaptation aux contingences des diverses organisations, une pure vue de l'esprit, sans portée sérieuse nulle part pour l'application. Mais du moins faut-il retenir de notre principe cette nécessité d'appuyer à la notion de justice, telle qu'elle résulte de la science morale, les constructions que la libre recherche est appelée à édifier avec les matériaux tirés de la nature positive des choses [2].

(1) Sur cette difficulté, cf. Gény, *op. cit.*, p. 468 s.
(2) Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 473 s.

Mais comment enfin connaître cette nature positive des choses, qui seule peut permettre de remplir les formes générales fournies par le principe de justice et d'adapter l'absolu de ses réclamations aux besoins de chaque société particulière? C'est ici que s'ouvrent à l'interprète, autrefois confiné dans la contemplation de la loi, les horizons les plus vastes.

Ses premières observations doivent porter tout naturellement sur la constitution propre de la société, à laquelle il se propose, à défaut de la loi, de trouver des règles. Et cette constitution, comment ne l'étudierait-il pas tout d'abord dans sa législation positive? C'est d'elle que jaillit en effet cette source abondante de l'analogie, entendue non comme un procédé d'extension des textes qui leur conquiert, avec leur caractère rigoureusement impératif, de nouveaux domaines, mais comme un moyen de libre recherche qui s'appuie sur la similitude des situations et sur l'idée de l'égalité juridique pour soumettre à des traitements semblables celles qui sont analogues. Mais la constitution d'un pays n'est pas toute dans ses lois. Elle doit donc être étudiée encore et tout autant par l'interprète dans ceux de ses autres éléments, intellectuels, moraux, religieux, politiques et économiques, qui concourent justement à déterminer sa structure et à développer sa civilisation particulière, de telle sorte que ce soit par là son passé même qui dicte des règles à l'avenir. Et enfin, pour favoriser, loin de la contrarier, son évolution sociale, il reste à l'interprète un dernier devoir à remplir, lorsqu'il s'applique à combler les lacunes des sources formelles du droit. C'est d'aller puiser les matériaux de son élaboration dans le fonds d'une autre réalité qui, pour être moins vivante peut-être que l'organisation même d'une nation, n'en est pas moins objective, c'est-à-dire de mettre en œuvre ces conclusions de toutes les sciences qui ont les hommes pour objet, philosophie, psychologie, éthique, politique et économie politique. Inspiratrices directes de la loi, comment ne le seraient-elles pas aussi légitimement de l'interprète, puisque, dans le silence de celle-ci, c'est à lui de dire le droit? Et comment, d'autre part, contester la valeur de leurs enseignements pour l'ap-

plication, sans leur contester du coup leur caractère vraiment scientifique ou les rabaisser au rang de pures curiosités [1]?

264 *bis*-XII. Telle est, en une succincte analyse, cette méthode dont d'autres ont, avec une magistrale ampleur, exposé tous les aspects. Ce qui en fait pour nous la séduction et même la profonde vérité, ce n'est pas seulement qu'elle concilie le respect de la loi avec les exigences et l'évolution du droit, c'est surtout qu'elle ne fait que définir avec plus de précision des tendances auxquelles devaient nécessairement obéir, même à leur insu, tous ceux qui interprétaient les textes sans servilité et sans étroitesse d'esprit, de telle sorte qu'elle puisse se flatter vraiment de n'être pas nouvelle [2]. Qui pouvait croire en effet sérieusement, en dehors d'un faible parti dans la doctrine, que tout le droit fût dans la loi et que toute prétention dût être nécessairement appuyée sur une de ses dispositions formelles ? La machine législative fût-elle beaucoup moins embarrassée et moins lente qu'elle ne l'est effectivement, même dans d'autres régimes que le régime parlementaire, à la pensée de quel homme de sens et d'expérience aurait-il pu venir que son mécanisme dût suffire à tout et que, du fait de ses interruptions, de ses accidents ou de son imperfection, la vie sociale, faute de règles préconstituées, dût être contrainte de demeurer en souffrance ? Aussi bien a-t-on très généralement admis qu'à défaut de loi, suivant la formule connue, le juge était un ministre d'équité. Mais qu'entendait-on exactement par cette équité qui devait dicter ses décisions à l'interprète officiel ? Ne fallait-il voir en elle que cet instinct du juste qui tranche les conflits par des raisons que la raison ne pourrait pas toujours dire, ou bien ne devait-on pas, par une idée bien plus complexe et cependant plus aisément définissable, désigner de ce nom cet ensemble de motifs raisonnables et raisonnés, faits à la fois de justice et

[1] Cpr. Gény, *op. cit.*, p. 471 s., et 491 s. — Sur la valeur respective des divers moyens de l'interprétation, cf. Gény, *op. cit.*, p. 553 s.

[2] M. Gény (*op. cit.*, p. 33 et note 5) veut bien nous citer en particulier comme ayant admis que l' « équité supérieure, que l'interprète puise dans sa conscience ou dégage de l'observation même de la vie », devait « subvenir aux lacunes inévitables du droit positif ».

d'utilité, qui, après une pesée délicate de leur valeur comparative, suggéraient la solution ? Or d'où tirer ces éléments entre lesquels devait s'opérer ce travail subtil de compensation et de condensation, sinon de ce qui est et de ce qui pourrait ou de ce qui devrait être? Et n'est-ce donc point en définitive de la réalité objective, telle qu'elle se présentait dans chaque société particulière, ou de ces réalités plus générales qui sont ce que la science appelle ses lois, que surgissaient ainsi les règles juridiques que la loi positive n'avait pas formulées ? C'était ce résidu d'une longue opération d'analyse et de synthèse que cachait ce terme vague d'équité, et l'un des moindres mérites de la méthode qui vient d'être décrite n'a certes pas été d'en avoir dégagé avec finesse, et au prix de quels efforts, la véritable composition.

On ne saurait donc, à nos yeux, lui faire sérieusement grief de ce qu'elle propose à l'interprétation des directions trop incertaines, ou qu'elle y jette le désaccord en lui demandant de se décider d'après toutes ces considérations, politiques, sociales ou économiques, qui sont justement celles qui nous divisent le plus [1]. D'une part, force est bien d'espérer que les sciences qui en vivent parviendront tôt ou tard à se constituer et à sortir de l'état chaotique où elles sont encore plongées, sans quoi on en serait réduit aussi à rechercher les fondements de la croyance à la possibilité des progrès de la science juridique elle-même. Et il ne saurait être question, bien entendu, de tenir pour des constatations vraiment scientifiques les suggestions plus ou moins téméraires de nos opinions personnelles. Mais, d'autre part, que voudrait-on mettre à la place de ce qui nous apparaît tout au moins comme la réalité, pour fournir des règles aux rapports humains, du moment que la loi est muette et qu'on ne veut plus se résigner à la faire parler à l'aide de ces abus de logique et de ces sollicitations excessives qu'on s'est accordé à réprouver ? Serait-ce de la simple observation de la vie et des faits que sortirait la réponse attendue ? Mais elle ne sau-

[1] Sur cette objection, cf. Lambert, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1900, XXXX, p. 236. Pour la réponse, cf. Gény, *op. cit.*, p. 185 s.

rait en fournir aucune à qui ne pourrait en déterminer déjà les causes premières, et c'est la science précisément qui se charge de cette détermination. Et on aurait beau encore demander des lumières et des solutions à l'étude des législations comparées, que, comme il faudrait finalement choisir entre les unes et les autres pour adapter au milieu celles qui lui conviennent exactement, force serait toujours d'étudier tout d'abord scientifiquement ce milieu lui-même, et d'admettre par suite à faire entendre leurs voix toutes ces disciplines qu'au nom de leur inconsistance actuelle on aurait d'abord dédaigneusement écartées.

Nous ne demanderons, quant à nous, à cette méthode, puisqu'elle professe un si juste respect envers les sources formelles du droit, que de reconnaître d'abord avec netteté, comme l'affirmait Portalis, qu'il existe un esprit général des lois auquel l'interprétation ne saurait devenir infidèle sans modifier sa réelle mission. Tout leur contenu n'est vraiment pas épuisé, nous semble-t-il, par la formule de leurs dispositions : par dessus, il flotte encore cette inspiration fondamentale qui trace au jurisconsulte tout au moins des directions dont il ne saurait s'éloigner sans mettre, en quelque sorte, une partie de la législation aux prises avec une autre et sans élever entre elles des antinomies et des oppositions qu'il ne dépendrait plus de lui de réduire. Certes, ces « maximes générales » auxquelles il doit sa déférence ne doivent pas être trop facilement supposées, et elles ne sont pas non plus immuables. Elles se modifient souvent, elles aussi, progressivement, avec tout ce qui les entoure, et l'évolution juridique ne saurait être suspendue à tout jamais aux idées, plus ou moins justes et nettes, de la génération qui a codifié nos lois. La législation postérieure apporte sur ce fonds ancien des couches renouvelées d'alluvions qui en changent graduellement l'aspect et jusqu'à la substance même. Mais que du moins il soit admis que, lorsque cet esprit des lois est certain, il demeure interdit à l'interprétation d'élever en face des constructions qui le heurtent, de mettre en rivalité avec lui un esprit différent, et de préparer ainsi une scission bien autrement grave que celle qu'on redoute tant entre la doctrine

et la pratique, celle de deux droits, l'ancien et le nouveau, le droit formulé et l'autre, qui ne coexisteraient que pour se combattre.

Et nous attendons enfin de la méthode, au nom du même besoin d'unité, qu'elle insiste aussi sur la nécessité, même dans le champ de la libre recherche, d'une forte technique juridique. Si le droit est un art en même temps qu'une science, si c'est à la fois, pourrait-on dire, une science de moyens et de principes, ses modes d'actions ne sauraient être indifféremment choisis et uniquement en considération des fins auxquelles ils servent. Il importe beaucoup, au contraire, qu'ils constituent dans la plus large mesure des organes d'un même mécanisme, engrenés les uns avec les autres et d'autant mieux que ce mécanisme est plus compliqué, qu'ils apparaissent comme des parties d'un même tout, concourant tous, sous une seule impulsion, au mouvement de l'ensemble. Il nous paraît nécessaire, en d'autres termes, pour que le droit soit, non pas un amas de solutions éparses, mais une collection de règles coordonnées, que la technique établisse les cadres généraux des théories, qu'elle y répartisse les théorèmes et leurs conséquences, et qu'elle définisse, groupe, classifie et distingue, même parfois au prix de quelques entorses à la réalité. Il lui faudra, sans doute, souvent élargir elle-même ses catégories, rectifier ses notions, assouplir des conceptions trop rigides. Mais, si elle doit ces sacrifices à la réalité, dont le droit est le serviteur, cette dernière ne saurait, à son tour, refuser de faciliter son rôle au droit qui doit la régir, en se prêtant à l'occasion aux exigences de sa technique, lorsque du moins celle-ci ne la violente pas trop. Et il nous semble qu'à ne se préoccuper que des fins, et non de l'unité relative des moyens qui permettent de les atteindre, on ne tarderait pas à voir ce que le droit aurait perdu de la sûreté de sa marche vers le progrès auquel il tend.

264 *bis*-XIII. Le procédé de l'analogie constitue l'un des principaux moyens d'élaboration du droit en dehors du domaine régi par ses sources formelles. Comme tel il ne doit pas être confondu avec le procédé de l'interprétation extensive propre-

ment dite. Celui-ci a pour objet de circonscrire exactement tout le champ d'une disposition formelle, ordinairement d'une loi, à l'aide de tous les éléments extrinsèques susceptibles de servir à la détermination de sa véritable portée ; et il a pour résultat d'élargir le contenu d'une formule reconnue trop étroite. L'analogie proprement dite se propose la recherche d'une règle de droit, précisément à défaut de toute manifestation de volonté du législateur qui l'impose. L'une s'applique donc à cette volonté pour lui donner ses développements naturels ; l'autre la dépasse. A vrai dire, dans son élan, l'analogie prend son appui, soit sur une décision législative, c'est-à-dire sur les motifs qui l'ont inspirée (*ratio legis*), soit sur le système juridique, c'est-à-dire sur une conception technique (*ratio juris*), pour trouver la règle nouvelle. Mais il n'en reste pas moins que, même alors, la loi n'est que le moyen de cette découverte, et qu'il s'agit, non d'en préciser le sens, mais de la suppléer. Dans l'emploi de ce procédé on va donc, par la loi, au delà de la loi, qui n'offre qu'une base aux constructions de la libre recherche. Il consiste, en d'autres termes, à isoler d'une disposition légale le principe général qui lui sert de support, pour le pousser dans ses applications au delà même du point où la volonté législative s'est arrêtée elle-même, en vertu de cette loi de logique et d'harmonie qui veut que des situations identiques soient régies de façon identique.

Or on comprend l'intérêt qui s'attache à ce caractère particulier de l'analogie. Comme instrument de la libre recherche, c'est-à-dire comme moyen de construire dans les vides des sources formelles, elle laisse à l'interprète une indépendance, sinon absolue, puisqu'elle se réduit à une mise en œuvre d'éléments objectifs dont il ne dépend pas de lui de ne pas tenir compte, du moins qui ne saurait lui appartenir en présence de la loi, dont la volonté bride la sienne [1].

[1] Cf. pour de plus amples développements, Gény, *op. cit.*, p. 264 s. et p. 494 s.

CHAPITRE IV

DE L'AUTORITÉ DE LA LOI

265. Les lois que se donne une société ont pour but, en réglant l'activité de ses membres, d'assurer leur développement commun. Toute loi est donc faite à la fois dans l'intérêt social et dans l'intérêt de chacun des individus qui composent la collectivité. Est-ce à dire qu'elle s'impose absolument à ceux qu'elle régit, et que la volonté des particuliers ne puisse en rien modifier les règles qu'a posées le législateur, organe de la volonté générale ? Cette question reçoit nécessairement des réponses différentes suivant les principes qui ont présidé à l'organisation de la société, suivant la part qu'elle laisse à l'initiative individuelle, suivant en un mot qu'elle est socialiste ou individualiste et qu'elle l'est plus ou moins.

266. Dans une société, comme la nôtre, qui attache un très haut prix au développement de l'esprit d'initiative, qui a foi en sa fécondité et confiance en elle pour le règlement des rapports d'intérêts entre les hommes, la loi ne limite la liberté de chacun que le moins possible, c'est-à-dire qu'en tant qu'elle est incompatible avec la liberté d'autrui ou inconciliable avec les idées essentielles sur lesquelles repose la constitution sociale. En principe, notre loi respecte donc les volontés particulières : ce principe est sous-entendu par l'art. 6, et consacré même d'une manière formelle et générale, en matière de conventions, par l'art. 1134. La convention, dit cette disposition, fait la loi des parties. Celles-ci, considérées comme les meilleurs juges de leur intérêt, ne sont donc nullement tenues, en principe, de se conformer aux règles légales : le droit des contrats n'est que supplétif ou déclaratif, il n'est applicable que tout autant que la volonté, expresse ou tacite, des contractants n'a pas substitué à ce droit général un droit particulier de leur choix.

Mais il est un ensemble d'idées, sociales, politiques, morales, économiques, religieuses parfois, à la conservation

desquelles une société croit liée son existence. Vivant, selon sa croyance, de l'observation de ces principes, elle ne peut admettre qu'il y soit porté aucune atteinte. Contre eux la volonté des particuliers vient se briser, impuissante : le respect de la loi s'impose à tous, lorsqu'elle est d'ordre public.

Tel est le sens général de l'art. 6 : « *On ne peut déroger,* » *par des conventions particulières, aux lois qui intéressent* » *l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

267. Cette disposition, si essentielle aux yeux des rédacteurs du code civil qu'ils lui ont donné place dans le livre préliminaire, parmi les principes qui dominent tout notre droit, un auteur récent la considère comme n'ayant que « la valeur d'une simple remarque » et comme d'une « portée législative nulle ». — « L'art. 6 pourrait disparaître du code, dit M. Huc (1), sans qu'aucune des conventions qu'il prévoit pût être validée. Toutes ces conventions, en effet, sont nulles ou inefficaces, soit parce qu'elles n'ont pas d'objet, soit parce que leur objet est hors du commerce, soit, selon la théorie du code sur la cause des obligations, parce que la cause est illicite ou absente, soit parce qu'elles tombent sous l'application de quelque autre règle de droit. Par conséquent, dans toutes les hypothèses auxquelles se référait le législateur quand il édictait l'art. 6, il y aura toujours pour prononcer la nullité ou l'inefficacité de la convention, une raison juridique palpable, bien plus satisfaisante pour l'esprit que les vagues considérations dérivant d'un ordre public à peu près indéfinissable. Il est bien facile d'en fournir la preuve ». Et l'auteur se livre longuement à cette démonstration (2).

Nous n'en retiendrons qu'un point. Pourquoi, dit-il, par exemple, l'état et la capacité des personnes ne peuvent-ils faire l'objet des conventions de celles-ci ? Est-ce parce qu'ils sont d'ordre public ? « Mais ne suffit-il pas de dire qu'il appartient au législateur seul, et non aux particuliers, de régler l'état et la capacité des personnes ? » (3) — Pourquoi, demanderons-nous à notre tour, le législateur le peut-il seul ?

(1) I, n. 187.
(2) I, n. 188 s.
(3) I, n. 190.

N'est-ce donc pas à raison de toutes les considérations d'ordre supérieur, d'intérêt social, que l'on sait? Or ce sont précisément toutes ces considérations qui, servant de fondement à une disposition légale, lui communiquent le caractère d'ordre public et empêchent dès lors qu'il n'y soit dérogé. Estime-t-on que cette idée ne valait pas la peine d'être énoncée et qu'un principe de cette importance pouvait être passé sous silence? Sans doute on en rencontre de fréquentes applications dans le code : il n'en était pas moins utile de les rattacher toutes à leur commun principe et de donner l'idée maîtresse de toutes ces décisions de détail. Ces différentes règles ne s'expliquent pas ainsi seulement par elles-mêmes, comme on propose de le dire, mais par une règle plus générale qui conserve, quoi qu'on dise, une portée législative immense.

268. La généralité de la règle fait, à la vérité, qu'il est plus que difficile de poser des limites précises à son application. Qu'est-ce que l'ordre public ? Que sont les bonnes mœurs ? Notions variables, évidemment, dans le temps et dans l'espace. Mais la pensée des rédacteurs du code civil est claire. Les jurisconsultes romains l'avaient déjà exprimée dans cette formule : « *privatorum conventio juri publico non derogat* ». (L. 45, D., *De reg. juris,* 50, 17). Et les expressions « droit public » et « ordre public » ont été, à diverses reprises, employées avec la même signification par Portalis [1], qui entendait par droit public (*hoc sensu*) tout ce qui, dans les lois, « intéresse plus directement la société que les particuliers ». On doit donc ranger parmi les lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs toutes celles qui, par leur fondement, reposent sur des conceptions considérées par le législateur, organe de la pensée nationale, comme essentielles au maintien de l'existence de la société, telle qu'il la veut. Or ces conceptions, plus ou moins nettes, fermes ou harmoniques, ne peuvent se dégager que de l'ensemble de la législation positive de chaque pays [2]. C'est dire qu'il faut rechercher,

[1] *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, I, p. 483, n. 29.

[2] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 8 ; Aubry et Rau, I, § 35, p. 178, n. 4-9 ; Demolombe, n. 17-20 ; Demante, I, n. 12 *bis*, I IV ; Laurent, I, n. 39, 40, 46-66 ; Huc,

pour chaque prescription légale, si celle-ci, dans les opinions ou les croyances actuelles du législateur, présente un caractère tel que toute contravention doive avoir pour résultat d'altérer plus ou moins gravement l'organisation générale, la structure de la société, auquel cas seulement elle est d'ordre public.

269. Au surplus il serait possible de répartir entre quelques catégories les dispositions qui sont d'ordre public dans notre droit, suivant qu'elles se rattachent à l'organisation sociale, à l'organisation politique, à l'organisation économique, à la morale ou aux idées religieuses. Beaucoup d'entre elles seraient d'ailleurs susceptibles de rentrer à la fois dans plusieurs groupes, comme reposant sur des considérations d'ordres divers. Le groupement qui suit n'est proposé qu'à titre d'exemple.

1° Organisation sociale : lois relatives à la constitution de la famille (prohibition de la polygamie, puissance paternelle, autorité maritale, condition des enfants naturels, etc.) ; à l'état et à la capacité ; à la nationalité et à la condition des étrangers ; aux distinctions nobiliaires ou autres ; à la liberté individuelle (prohibition de l'esclavage, interdiction du louage de services pour toute la durée de la vie de l'employé, prohibition de la constitution de servitudes imposées à la personne, art. 686 C. civ.) ; à l'égalité des fonds (art. 638 C. civ.), etc. (1).

loc. cit.; Beudant, *Introd.*, n. 119-125; Planiol, I, n. 288 s.; Surville, I, n. 73; Capitant, p. 25 s.; Alglave, *Action du ministère public* 2e éd., Paris, 1874, p. 490 s.; Gény, *op. cit.*, p. 236 et p. 548 s.; Mauguin, *Dissert.*, S., 9. 2. 345; Fuzier-Herman, art. 6, n. 1; de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1899; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 565 s. D'après l'explication très particulière de M. Duguit, qui n'est qu'une conséquence de la distinction fondamentale qu'il fait entre la norme et la règle constructive, on ne pourrait déroger aux « normes juridiques » qui sont à la base du code, mais seulement aux « règles constructives » auxquelles ces normes ont servi de support.

(1) Cf. Fuzier-Herman, art. 6, n. 9 s. — Req. cass., 7 sept. 1808, S., 1808. 1. 468, D., *Rép.*, v° *Interdiction*, n. 31. — Req. rej., 7 mars 1816, S., 16. 1. 419. — Req. rej., 5 mars 1855, S., 55. 1. 283, D., 55. 1. 341. — Civ. cass., 2 août 1876, S., 77. 1. 215, D., 77. 1. 101. — Civ. cass., 22 déc. 1879, S., 80. 1. 125, D., 80. 1. 112. — Rennes, 24 fév. 1883, S., 84. 2. 150. — Paris, 19 juin 1884, S., 84. 2. 192, note de M. Lyon-Caen, D., 86. 1. 204. — Req. rej., 13 mai 1885, S., 85. 1. 312, D., 86. 1.

2° Organisation politique, ou générale : lois constitutionnelles (1), administratives (2), fiscales (3) ; lois relatives à l'organisation judiciaire et à la compétence des tribunaux (4), à la cession et à l'exploitation des offices ministériels (5), aux usages du barreau (6) ; lois relatives aux substitutions fidéicommissaires, à l'exploitation des mines (7), des chemins de fer (8), aux conditions requises pour l'exercice de

204. — Pau, 20 juin 1894, S., 94. 2. 232. — Aix, 8 déc. 1896, sous cass., D., 1900. 1. 533. — Bastia, 4 juill. 1898, sous Req. rej., 26 fév. 1900, S., 1901. 1. 93, D., 1900. 1. 249. — Paris, 6 juill. 1899, S., 1900. 2. 115, D., 1902. 2. 387. — Caen, 27 déc. 1899, S., 1902. 2. 89, D., 1900. 2. 161. — Civ. cass., 4 nov. 1901, S., 1903. 1. 273, D., 1902. 1. 185. — Civ. rej., 25 nov. 1901, S., 1903. 1. 353, et note de M. Pilon, D., 1902. 1. 31. — Civ. cass., 3 mars 1902, S., 1902. 1. 167, D., 1903. 1. 81. — Req. rej., 30 mai 1902, S., 1903. 1. 378, D., 1902. 1. 31. — Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34. — Civ. rej. (sur ce point), 22 juill. 1902, S., 1904. 1. 27. — Trib. Brignoles, 22 juill. 1903 (sol. impl.), D., 1904. 2. 401. — Cpr. Tissier, *Rev. crit.*, 1902, p. 608 ; Perreau, *Rev. crit.*, 1903, p. 215 ; Pilon, S., 1903. 1. 273 et 278 ; Tissier, S., 1902. 2. 89. — Grenoble, 4 nov. 1902, S., 1903. 2. 190, D., 1903. 2. 215.

(1) Trib. Tarbes, 14 mars 1893, S., 1900. 2. 219, D., 1904. 2. 201. — Trib. Sedan, 23 mai 1900, D., 1901. 2. 203. — Req. rej., 5 fév. 1902, S., 1902. 1. 389, D., 1902. 1. 158. — Trib. Castelnaudary, 25 juin 1902, D., 1904. 2. 201. — Cpr. Cass. Florence, 6 mars 1902, S., 1904. 4. 7.

(2) Req. rej., 6 fév. 1901, D., 1901. 1. 366.

(3) Cf. Fuzier-Herman, art. 6, n. 2 et 3. — Paris, 16 déc. 1875, S., 78. 2. 331, et les arrêts cités en note, D., 76. 2. 223. — Cpr. cep. Req. rej., 10 avril 1900, S. 1901. 1. 20, D., 1902. 1. 11.

(4) Cf. Fuzier-Herman, art. 6, n. 4 s. — Req. rej., 14 fév. 1866, S., 66. 1. 208, D., 66. 1. 447. — Paris, 2 mars 1875, S., 75. 2. 180. — Req. rej., 4 nov. 1885, S., 88. 1. 459, D., 86. 1. 333. — Angers, 26 avril 1899, S., 1903. 2. 244, D., 1900. 2. 315. — Lyon, 10 juill. 1901, D., 1904. 2. 347. — Civ. cass., 28 janv. 1902, S., 1903. 1. 10, D., 1904. 1. 143. — Cpr. cep., pour la compétence *ratione personæ*, Alger, 13 juin 1900 (2 arrêts), D., 1901. 2. 273. — Lyon, 6 avril 1903, D., 1904. 2. 145.

(5) Décret du 25 août 1898 sur le tarif des notaires, art. 4. — Paris, 29 nov. 1899, S., 1901. 2. 121, D., 1903. 2. 197. — Req. rej., 9 déc. 1901, S., 1902. 1. 401, D., 1902. 1. 164. — Req. rej. (sol. impl.), 25 juin 1902, S., 1902. 1. 447, D., 1902. 1. 328. — Bordeaux, 25 juill. 1902, S., 1903. 2. 206, D., 1904. 2. 229. — Cpr. Charmont, *Rev. crit.*, 1904, p. 463 s. — Cpr. aussi Alger, 12 fév. 1900, S., 1902. 2. 66.

(6) Civ. rej., 22 avril 1898, S., 1902. 1. 343, D., 98. 1. 415.

(7) Lyon, 7 juill. 1903, S., 1904. 2. 302.

(8) Civ. cass., 21 janv. 1901 (2 arrêts), S., 1901. 1. 293 et 365, D., 1901. 1. 223 et 379. — Civ. cass., 12 mars 1901, S., 1902. 1. 45, D., 1901. 1. 379. — Civ. cass., 21 avril 1902, S., 1904. 1. 92. — Civ. cass., 2 mars 1903, S., 1903. 1. 190, D., 1904. 1. 56. — Civ. cass., 8 juill. 1903, S., 1904. 1. 196. — Civ. cass., 10 nov. 1903, S., 1904. 1. 93. — Pau, 18 fév. 1904, S., 1904. 2. 159. — Cpr. Civ. cass., 23 juill. 1903, S., 1904. 1. 243.

certaines professions intéressant la sécurité publique [1], au secret professionnel [2], etc.

3° Organisation économique : lois relatives au régime des biens (à leur nature, aux différents droits dont ils peuvent être l'objet, aux modes de transmission dont ils sont susceptibles, à leur aliénabilité [3] ou à l'insaisissabilité de certains d'entre eux, aux voies d'exécution, à l'immutabilité des conventions matrimoniales, au droit de sortir de l'indivision, à la réserve successorale, à la prescription, etc.) ; lois relatives à la forme des actes, au taux de l'intérêt de l'argent, à la liberté et au régime du commerce et de l'industrie [4], à la liberté des enchères [5], à la responsabilité du patron vis-à-vis de l'employé, etc. [6].

4° Morale : prohibition de la polygamie, des mariages entre proches parents, de la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, de la recherche de la paternité naturelle, du divorce par consentement mutuel, des pactes sur succes-

[1] Lyon, 22 déc. 1892, D., 1901. 2. 141, en note. — Pau, 25 janv. 1895, S., 95. 2. 193, D., 1901. 2. 141. — Dijon, 7 avril 1899, D., 1901. 2. 141. — Rouen, 24 déc. 1901, S., 1904. 2. 237, D., 1902. 2. 397.

[2] Civ. cass., 12 juin 1899, S., 1903. 1. 470, D., 1900. 1. 39. — Aix, 19 mars 1902, S., 1904. 2. 266.

[3] Cf. Civ. cass., 24 janv. 1899, D., 1900. 1. 533.

[4] Crim. cass., 14 fév. 1863, S., 63. 1. 184, D., 64. 1. 247. — Civ. rej., 13 janv. 1879, S., 79. 1. 198, D., 79. 1. 78. — Req. rej., 29 mai 1894, S., 94. 1. 481, note de M. Lyon-Caen, D., 94. 1. 521, note de M. Despagnet. — Civ. rej., 9 fév. 1898, S., 98. 1. 121 et note, D., 1903. 1. 605. — Civ. rej., 11 mai 1898, S., 98. 1. 265, D., 1903. 1. 605. — Bordeaux, 2 janv. 1900, S., 1901. 2. 225, note de M. Lévy-Ullmann, D., 1901. 2. 150. — Civ. rej., 14 mars 1904, S., 1904. 1. 444. — Mais cpr. Req. rej., 17 janv. 1898, S., 1901. 1. 130, D., 98. 1. 130. — Req. rej., 1er fév. 1899, S., 1901. 1. 152, D., 99. 1. 302. — Req. rej., 3 mai 1899, S., 1901. 1. 133, D., 1901. 1. 394. — Civ. rej., 2 juil. 1900, S., 1904. 1. 175, D., 1901. 1. 294, *J. Clunet*, 1901, p. 787. — Civ. rej., 1er août 1900, S., 1901. 1. 134, D., 1900. 1. 507. — Cpr. Trib. Emp. allem., 22 mars 1901, S., 1904. 4. 6. — Cf. Fuzier-Herman, art. 6, n. 19 s.

[5] Req. rej., 5 août 1903, D., 1904. 1. 22.

[6] Req. rej., 31 mars 1884, S., 84. 1. 232, D., 84. 1. 366. — Civ. rej., 30 mars 1885, S., 85. 1. 216, D., 85. 1. 247. — Civ. rej., 1er juil. 1885, S., 85. 1. 409, note de M. Labbé, D., 86. 1. 201 et note. — Caen, 18 fév. 1885 et 30 juil. 1886, S., 88. 2. 121 et note de M. Labbé. — Paris, 22 juil. 1897, S., 98. 2. 257. — Pau, 21 mai 1900, S., 1900. 2. 280. — Civ. rej., 6 janv. 1904 (2 arrêts), D., 1904. 1. 73 (11e et 12e especes). — Cpr., sur certaines prescriptions des lois relatives aux societés, Trib. comm. Mirecourt, 14 fév. 1900, D., 1901. 2. 68. — Cpr. Angers, 30 oct. 1901, S., 1904. 2. 65.

sions futures [1], des jeux de hasard [2], des loteries [3], des fraudes en matière alimentaire [4] et en matière de vente à crédit de valeurs de bourse [5], des assurances en cas de décès reposant sur la tête d'enfants mineurs de douze ans, etc. [6].

5° Idées religieuses : lois relatives à la liberté de conscience, à l'exercice des cultes, aux associations religieuses [7], autrefois à l'interdiction du divorce, etc.

269 *bis*. L'art. 6 ne pose qu'une règle unique : en défendant de déroger « *aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », il ne met au-dessus des atteintes des particuliers que les lois de cette nature, qu'elles aient pour objet d'assurer une certaine organisation sociale, c'est-à-dire l'ordre public proprement dit, ou d'imposer à tous le respect des règles fondamentales de l'ordre moral, c'est-à-dire des bonnes mœurs. Mais encore faut-il qu'il y ait des dispositions légales qui consacrent ces dernières. Ainsi le veulent impérieusement le texte même de l'article, qui parle de dérogation aux lois, et ce principe de bon sens qui était rappelé précisément dans le Livre préliminaire (tit. IV, art. 8) : « la loi..... répute licite tout ce qu'elle ne défend pas » [8]. La liberté des citoyens serait bien trop menacée, si le juge, élargissant démesurément, sous prétexte de considérations morales, la sphère du droit, pouvait toujours critiquer leurs actes comme contraires aux bonnes mœurs sinon aux lois.

Certains interprètes lui ont cependant reconnu ce pouvoir. Ils commencent à cet effet par rectifier le texte même de l'art. 6 et proposent de le lire comme s'il y avait : « un acte juridique est nul s'il est contraire soit aux lois qui intéressent l'ordre public, *soit aux bonnes mœurs* ». Sinon, observent-ils, il contiendrait une inutile redondance, car, s'il existait une disposition positive consacrant une règle morale, elle

(1) Cpr. Ch. réun. Cass., 2 juil. 1903, S., 1904. 1. 65, D., 1903. 1. 353.
(2) Paris, 5 juin 1901, S., 1902. 1. 275, D., 1903. 2. 10.
(3) Trib. sup. des Deux-Ponts, 8 mai 1901, S., 1904. 4. 5.
(4) Civ. rej., 2 déc. 1901, S., 1902. 1. 333, D., 1902. 1. 48.
(5) Loi du 12 mars 1900. — Trib. Toulouse, 26 déc. 1901, S., 1903. 5. 787.
(6) Loi du 8 déc. 1904, art. 1er.
(7) Loi du 1er juil. 1901, art. 17.
(8) Fenet, *op. cit.*, II, p. 6.

serait naturellement par surcroît d'ordre public. Redondance, soit : mais celle-là est, comme on l'a vu, des plus explicables, toutes les dispositions d'ordre public n'ayant pas absolument le même caractère [1], et le fût-elle moins, que nous nous résignerions plus facilement à en admettre l'existence qu'à défigurer un texte, soi-disant pour l'interpréter. On dit bien que ce texte a été entendu dans le sens qu'on lui donne, puisque la disposition précitée du Livre préliminaire, après avoir posé le principe, y faisait cette réserve : « néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi n'est pas toujours honnête ». Mais, comprise comme une réserve, cette addition n'aurait-elle pas vraiment emporté la règle elle-même : « la loi répute licite tout ce qu'elle ne défend pas », et son objet évident n'était-il pas plutôt d'avertir les citoyens que la morale met souvent à leur activité des limites que la loi n'y met pas? Enfin nous savons bien que le juge, chargé d'apprécier comme on le veut le caractère de moralité d'un acte, devrait aller puiser les éléments de son appréciation, non dans ses inspirations personnelles, mais dans la conscience générale, et que le pouvoir qu'on lui attribue serait ainsi sérieusement tempéré. Mais ce pouvoir même, à quelque degré que ce soit, l'art. 6 ne le lui accorde pas, et ce n'est pas la manière dont la jurisprudence a usé de celui que lui reconnaît réellement l'art. **1133**, et qui lui permet du reste d'atteindre toutes les stipulations vraiment contraires aux bonnes mœurs, par application de la théorie de la cause, qui nous déciderait à substituer à un texte des plus clairs une disposition dont les conséquences pourraient être, comme on l'avoue, « des plus redoutables » [2].

270. Quelle est enfin la sanction de l'art. 6? Quoiqu'il prévoie seulement le cas d'une dérogation par convention à une règle d'ordre public, il est certain d'abord que toute dérogation, même par un acte unilatéral de volonté, doit avoir le même sort [3]. Mais lequel ?

(1) Faure, *Disc. au C. lég.*, Locré, *Lég.*, I, p. 617, n. 12.

(2) *Contra :* Planiol, I, n. 293 et 294. — Cpr. Beudant, *Introd.*, n. 125; Surville, I, n. 73 *in fine*.

(3) Cpr. en particulier, pour l'acquiescement et le désistement, Caen, 27 déc.

On répète généralement que l'art. 6 a pour sanction la nullité ou l'inefficacité de l'acte fait en contravention de la loi [1], et c'est ce qui paraîtrait résulter, en effet, des mots par lesquels il commence : « on ne peut déroger ». Cette proposition est, selon nous, tout à fait insuffisante : la vérité est que la sanction de l'art. 6 varie avec chaque règle d'ordre public.

La lésion faite à l'ordre public n'a pas toujours la même gravité. Telle prescription ne saurait être violée sans un véritable bouleversement social; telle autre est susceptible de l'être sans que la société en souffre réellement. En d'autres termes, il y a des degrés dans l'atteinte portée à l'ordre public : le législateur proportionne donc à l'étendue du mal la force du remède. La sanction est d'autant plus rigoureuse que l'observation des prescriptions légales est considérée comme plus essentielle au maintien de la société.

1° Ainsi la prescription peut être sanctionnée par une pénalité proprement dite. C'est en ce sens qu'il est permis de dire que toutes les lois criminelles sont d'ordre public. Par exemple, la bigamie est réprimée par l'art. 340 C. pén. A la peine proprement dite peuvent, au reste, s'ajouter une ou plusieurs des sanctions qui suivent.

2° Elle peut être sanctionnée par l'inexistence de l'acte fait en contravention à la loi. Toute personne intéressée est admise à se prévaloir de cette inexistence, qui n'est point susceptible d'être couverte par le temps ou par la confirmation. Tel est le cas pour le mariage célébré devant une personne autre qu'un officier de l'état civil.

3° Elle peut être sanctionnée par une simple nullité. Cette nullité, qui est prononcée par une décision de justice, est elle-même d'ailleurs plus ou moins rigoureuse. Tantôt elle n'est que relative, c'est-à-dire ne peut être demandée que par

1899, S., 1902. 2. 89, D., 1900. 2. 61. — Lyon, 10 juill. 1901, D., 1904. 2. 347. — Civ. cass., 4 nov. 1901, S., 1903. 1. 273, D., 1902. 1. 185. — Civ. cass., 28 janv. 1902, S., 1903. 1. 10, D., 1904. 1. 143. — Civ. cass., 3 mars 1902, S., 1902. 1. 167, D., 1903. 1. 81. — Req. rej., 30 mai 1902, S., 1903. 1. 278, D., 1902. 1. 343. — Amiens, 26 juin 1902, S., 1904. 2. 34. — Grenoble, 4 nov. 1902 (sol. impl.), S., 1903. 2. 190, D., 1903. 2. 215. — Cf. Tissier, *Rev. crit.*, 1902, p. 608.

[1] Laurent, I, n. 50 et 59 s.; Huc, I, n. 187; Capitant, p. 25 et 26.

certaines personnes limitativement déterminées, et elle peut être effacée par des faits postérieurs : c'est le cas pour la nullité de mariage résultant du défaut de consentement de la famille. Tantôt elle est absolue, c'est-à-dire peut être proposée, en principe, par tout intéressé, à toute époque, sans qu'il puisse être question de confirmation. Il en est ainsi pour les nullités de mariage dérivant de la clandestinité ou de l'inceste, et encore y a-t-il entre elles deux cette nouvelle différence que la première est facultative pour le juge, et la seconde obligatoire. Il arrive même quelquefois que cette nullité, quoique prononcée, laisse subsister certains des effets que l'acte avait déjà produits : c'est ce qui se réalise pour le mariage putatif. Parfois cette nullité fait anéantir l'acte tout entier, quoiqu'il ne violât la loi que par certaines de ses parties : par exemple, la substitution fidéicommissaire, ou la convention à titre onéreux affectée d'une condition immorale ou illicite. D'autres fois cette nullité n'atteint que la disposition qui, dans l'acte, était contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : c'est ainsi que la loi répute seulement non écrites ces mêmes conditions apposées dans une donation entre vifs ou dans un testament.

4° Elle peut être sanctionnée par la simple restriction des effets que l'acte aurait naturellement produits, si la loi avait été pleinement observée : quoique valable, il ne peut point être opposé à tous ceux auxquels il aurait pu l'être. Telle est la sanction de l'art. 1328 sur la date certaine.

5° Elle peut être sanctionnée enfin par la simple défense faite à un officier public de prêter son ministère à l'acte que les parties se proposent de faire en contravention à la loi, sans que la transgression de cette défense permette cependant d'attaquer l'acte une fois accompli. Tel est le cas pour les empêchements prohibitifs de mariage.

271. Etant établi que la sanction des dispositions d'ordre public est susceptible de varier dans d'aussi larges limites, comment, dans le silence de la loi, la déterminer pour chacune d'elles ? Il est évident que la forme, prohibitive ou impérative, dans laquelle cette disposition est conçue, ne peut fournir aucune indication décisive à cet égard. Il y a

donc lieu de rechercher, pour chaque cas, quelle est la sanction que comporte le but auquel a visé le législateur, d'après l'économie générale de la loi. Et notamment la nullité peut très bien sanctionner une disposition qui ne contient aucune clause irritante [1].

272. Le respect de toutes les lois d'ordre public, qui s'impose absolument aux nationaux, s'impose t-il également aux étrangers ? On a déjà dit [2] qu'ils ne doivent observer et que les tribunaux ne sont tenus de leur appliquer que les lois qui reposent sur des considérations d'ordre public international. C'est cette notion de l'ordre public international qu'il convient ici de préciser [3].

273. On distingue, en effet, très généralement en doctrine deux sortes d'ordre public : *l'ordre public interne,* « ensemble de règles qui s'imposent d'une façon absolument impérative et sans exception possible aux nationaux seulement », et *l'ordre public international* [4], qui comprend celles « dont le caractère rigoureusement obligatoire est opposable aux étrangers qui se trouvent sur le territoire comme aux nationaux du pays » [5]. Cette distinction va ressortir de l'analyse des considérations de nature diverse qui peuvent servir de fondement aux prescriptions légales, car les dispositions que le législateur place au-dessus de la volonté des particuliers et hors de leur atteinte peuvent s'inspirer d'idées très différentes.

Les unes ont pour objet de consacrer des principes dont l'observation est considérée par lui comme essentielles pour la conservation de la société, telle qu'il la conçoit et qu'il la

(1) Cpr. Merlin, *Quest.*, v° *Nullité*, § 1, n. 6; Laurent, I, n. 36-45, et n. 58-68; Huc, I, n. 198-201; Beudant, *Introd.*, n. 123.

(2) Cf. *supra*, n. 196.

(3) Cf. Boissarie, *La notion de l'ordre public en dr. intern. privé* (thèse, Paris), 1888; Despagnet, *L'ordre public en droit intern. privé, J. Clunet*, 1889, p. 5 s., et p. 207 s.; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1890; Moutier, *Du conflit des lois étr. avec l'ordre pub. fr.* (thèse, Paris), 1891; Bartin, *Etudes de dr. intern. privé*, Paris, 1899, p. 189 s.

(4) Cf. sur les dénominations qui ont été proposées à la place de celle d' « ordre public international », Weiss, p. 246, note 2; Pillet, p. 15 s.; Despagnet, n. 107, et *op. cit.*, p. 16 et 17.

(5) Despagnet, *op. cit.*, p. 207.

veut, au point de vue social, politique, moral, religieux ou économique, en sorte que leur violation mettrait en péril le système, l'ordre de choses établis, et compromettrait la réalisation de la conception fondamentale qui est à la base de la loi. Celle-ci doit donc être territoriale : nul ne peut échapper à ses prescriptions, quelle que soit sa nationalité. Ainsi l'exige impérieusement le principe de la souveraineté de l'Etat, qui fait complètement obstacle à l'application de la loi personnelle de l'étranger, toutes les fois que celle-ci menace d'altérer plus ou moins gravement la structure et la constitution du pays. Le principe de la personnalité de la loi fléchit alors devant l'autre, qui lui est supérieur : comprendrait-on qu'une société fût assez aveugle pour laisser ébranler dans son sein les assises mêmes sur lesquelles elle repose? Toutes les dispositions de cette première catégorie rentrent donc dans l'ordre public international [1].

Mais il en est d'autres qui, quoique fondées elles aussi sur l'utilité sociale et réellement d'ordre public, le sont en quelque sorte à un degré moindre ; non pas qu'il soit permis aux nationaux d'y déroger, mais les étrangers, du moins, n'y sont pas soumis. Elles se proposent, par exemple, la protection des personnes, et elles l'organisent en considération de leur situation propre, de leurs qualités et de leurs besoins, tels qu'ils résultent de la civilisation à laquelle elles appartiennent ; ou elles ont pour objet d'établir dans les rapports des nationaux un état déterminé, qui est supposé être le plus conforme à leur condition matérielle, morale et intellectuelle. A quel titre ces dispositions s'étendraient-elles aux étrangers, puisqu'elles ne recherchent que le bien d'une certaine catégorie d'individus ou ne visent qu'à faire régner un certain ordre dans les divers groupes familiaux qui com-

[1] Savigny, *Système de dr. rom.*, trad. Guenoux, VIII, § 349 et 365, p. 34 et 159; Laurent, *Dr. civ. inter.*, II, n. 185 s.; Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, n. 25; P. Fiore, *Dr. intern. privé* (trad. Pradier-Fodéré), n. 27 s.; Ch. Brocher, *Cours de dr. intern. privé*, I, n. 44; Weiss, *Dr. intern. privé*, p. 245 s.; Despagnet, n. 108, et *op. cit.*, p. 207 s.; Audinet, *Pr. de dr. intern. privé*, n. 400 et 401; Surville et Arthuys, *Cours élémen. de dr. intern. privé*, 2e édit., n. 247 s.; Bartin, *op. cit.*, p. 189 et 190; Mancini, *J. Clunet*, 1874, p. 296; Esperson, *eod. loc.*, 1880, p. 253; Brocher de la Fléchère, *Rev. de dr. intern.*, 1885, XVII, p. 323.

posent la nation? Elles restent donc personnelles et composent l'ordre public interne.

Ainsi l'ordre public international ne doit être troublé par personne, sans quoi le corps social tout entier en souffrirait : la polygamie, par exemple, est interdite en France, aussi bien aux étrangers qu'aux Français. L'ordre public interne ne doit être respecté que par ces derniers, parce qu'il est indifférent à la France que les étrangers soient soumis à des règles différentes de celles qui y rentrent, différentes, par exemple, en matière d'état et de capacité, de celles auxquelles elle assujettit ses nationaux en considération de leur situation personnelle, et parce que, d'autre part, la souveraineté ne s'oppose pas à ce que les étrangers obéissent à cet égard à leur propre loi, tandis que le principe de l'égalité des Etats le commande.

273 *bis*. Cette démonstration a été faite sous une forme qui, pour être plus savante, n'en est que plus frappante [1]. L'existence du droit international privé, a-t-on dit, suppose entre les Etats qu'il régit un lien juridique, qui résulte lui-même d'une présomption de communauté internationale entre eux. Cette communauté est née, non, pour l'instant, d'une convention expresse, mais du développement des relations internationales qui s'étaient établies entre leurs ressortissants. Or, comme ces relations supposaient entre les Etats dont les habitants les nouaient une certaine égalité de civilisation, le lien qu'elles créaient ainsi ne pouvait pas unir indistinctement tous les peuples de la terre, mais seulement ceux qui étaient arrivés à peu près à un même stade de progrès, de telle sorte que l'application des règles du droit international privé ne peut, encore aujourd'hui, être que partielle. En d'autres termes, il est des Etats qui sont exclus, en droit international privé comme, au reste, en droit international public, de la communauté internationale qui lie les autres. Mais, tandis que cette exclusion n'est prononcée, quant à l'application des règles du droit des gens,

[1] Cf. Bartin, *op. cit.*, et notamment p. 217 s. Il faut lire dans l'ouvrage même cette remarquable démonstration que nous n'avons pu qu'analyser sèchement, sans montrer les conséquences que l'auteur en tire.

qu'au nom de l'inégalité par trop grande de la civilisation générale des Etats qui en sont frappés par rapport à ceux qui sont admis dans cette communauté, et qu'après avoir fait entrer dans l'appréciation de leur degré de culture tous les éléments divers, politiques, juridiques, intellectuels, moraux ou économiques, qui en constituent l'ensemble, cette exclusion n'a dû être fondée, quant aux règles du droit international privé, que sur des dissimilitudes par trop profondes, de leurs lois civiles. Seules, en effet, ces dissimilitudes importaient pour l'application, sur le territoire d'un Etat, des lois privées d'un autre, puisqu'on n'avait à le connaître et à le juger qu'en tant que législateur.

La communauté internationale implique donc entre les Etats qui en font partie une certaine ressemblance générale de leurs législations, une certaine identité tout au moins des principes essentiels sur lesquels elles sont fondées, qui légitiment seules le bénéfice auquel elles sont admises d'être appliquées même en dehors du territoire qu'elles régissent. Mais cette ressemblance n'est jamais parfaite, cette identité jamais complète, et l'organisation même donnée aux principes fondamentaux fait surgir entre elles de nouvelles dissemblances. Or ce sont précisément toutes ces dissemblances qui produisent partiellement le même effet que produisent absolument des différences par trop radicales. Si celles-ci font évanouir totalement la communauté internationale, celles-là, étant moins accentuées, la font disparaître sur quelques points seulement. Et de même qu'il n'y a pas de droit international privé entre Etats placés par l'inégalité de leurs civilisations juridiques à des distances trop grandes, il n'y en a plus, même entre les plus rapprochés, dans la mesure où leurs lois respectives consacrent des règles trop différentes, de telle sorte que le juge saisi d'un rapport litigieux ne connaît plus que la sienne. Les dispositions d'ordre public apparaissent, en conséquence, comme l'expression d'inégalités de législation si grandes qu'elles excluent entre Etats la possibilité de cette communauté internationale dont l'existence servait seule de support à l'application des règles de conflits des lois. Et dans la mesure où ces inégalités s'accu-

sent, le conflit ne peut plus être résolu : il ne peut qu'être tranché par le juge et naturellement au profit de sa propre loi.

274. Cette distinction des deux sortes d'ordre public, qui paraît puisée dans la nature des choses, a cependant été contestée comme y étant contraire. M. Pillet [1] s'est efforcé de démontrer qu'il n'existait qu'une seule sorte d'ordre public. L'ordre public, dit-il, « c'est l'ordre dans l'Etat c'est-à dire un certain arrangement des diverses forces sociales..., combiné de telle façon que chacun voie ses droits essentiels respectés et puisse développer en toute sécurité et en toute liberté ses facultés tant physiques qu'intellectuelles. Plus brièvement, c'est l'application de certaines règles indispensables à la conservation de l'Etat ». Cela étant, l'ordre public existe ou n'existe pas, « mais on ne conçoit pas qu'il existe au point de vue international et n'existe pas au point de vue national, qu'il y ait en même temps et qu'il n'y ait pas ordre public ». Sans doute les lois sur l'état et la capacité, qui sont des lois de protection et, comme telles, doivent être soustraites à l'influence de la volonté des intéressés, ne sont pas applicables aux étrangers : mais ce n'est pas parce qu'elles sont d'ordre public interne seulement, c'est parce qu'elles ne sont point d'ordre public du tout. Et en effet, affirme le savant auteur [2], si « la protection des incapables est une nécessité d'ordre public, aussi bien au point de vue international qu'au point de vue national », ce n'est pas à dire que « les moyens d'assurer cette protection » soient d'ordre public également. « L'existence d'une protection intéresse l'ordre public, l'organisation de cette protection concerne les intérêts particuliers de la personne protégée ». Par cela seul qu'elle est protégée, de quelque façon que ce soit, l'ordre public est satisfait. Pour les véritables lois d'ordre public, au contraire, celui-ci requiert absolument et dans tous les cas l'application même de la loi territoriale. Il n'y a donc qu'un seul ordre public, « essentiellement national », en ce sens que

(1) *Op. cit.*, p. 27 s.
(2) Cf. aussi Capitant, p. 23 s., et p. 29, note 2.

c'est toujours celui du pays auquel appartient le tribunal saisi de la contestation qui est à considérer dans un conflit de lois.

275. M. Pillet a reconnu lui-même que les lois auxquelles il dénie le caractère de lois d'ordre public « produisent toujours les mêmes effets », de quelque nom qu'on les appelle, et qu'il n'y a, dans la controverse qui porte sur leur qualification, qu'une « querelle de mots », dont l'importance n'est d'ailleurs pas négligeable pour la détermination des limites de l'ordre public. Mais, même appréciés à ce point de vue, ses arguments ne nous ont nullement convaincus. Cette affirmation qu'on ne peut concevoir qu'une seule espèce d'ordre public nous semble des plus discutables. Parmi les divers éléments sociaux, l' « arrangement » de ces éléments actifs qu'on appelle les personnes importe assurément au plus haut point à la collectivité ; suivant qu'il sera plus ou moins heureusement combiné, l' « ordre dans l'Etat » sera plus ou moins bien assuré : comment ne pas voir dès lors, dans les dispositions qui le déterminent, des lois d'ordre public au premier chef? Or, si cet ordre exige que les nationaux restent toujours assujettis à ces lois d'organisation, il n'exige nullement, s'il s'agit du moins des lois sur l'état et la capacité, qu'elles régissent également les étrangers. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que tout ce qui est d'ordre public au regard des ressortissants du pays ne l'est pas de même nécessairement au regard de ceux qui n'en relèvent pas?

Est-il plus vrai que ce qui est d'ordre public dans les lois de protection, ce soit seulement l'existence de la protection qu'elles accordent à certaines personnes, et non le mode selon lequel celle-ci est organisée? Nous ne le pensons pas ; suivant cette organisation, la protection peut être, ou très sérieuse ou tout à fait illusoire, et par conséquent les considérations d'ordre public qui en font une nécessité peuvent être plus ou moins satisfaites, et même ne point l'être du tout en certains cas. Et c'est au surplus ce que confesse M. Pillet, lorsqu'il écrit que, « si la loi nationale de l'étranger n'organisait en sa faveur qu'une protection purement apparente et illusoire », les tribunaux français le soumettraient à juste titre à la loi française. N'est-ce pas précisé-

ment parce que le mode, la consistance de la protection importent eux-mêmes à l'ordre public? Si les étrangers sont en principe, au point de vue de leur état et de leur capacité, soumis à leur loi personnelle, ce n'est donc pas parce que l'ordre public, en général, est désintéressé dans la question, mais bien, pour les raisons que l'on sait déjà, l'ordre public international. Dès que celui-ci est en jeu, les lois de protection elles-mêmes deviennent immédiatement applicables aux étrangers : c'est le cas notamment, selon nous et aussi selon M. Pillet, pour les lois sur le travail des enfants et des femmes employés dans l'industrie. Est-ce, comme l'explique le savant auteur, parce que ces lois, à la différence des autres qui s'inspirent également d'une pensée de protection, « intéressent la société aussi directement que la personne protégée »? Non, car pour toutes les dispositions protectrices des faibles la société est au plus haut degré intéressée à ce qu'elles soient respectées [1], et, par exemple, à ce qu'un individu, de fait incapable, ne devienne pas la proie de ceux qui cherchent à abuser de son inexpérience. Mais c'est que les lois sur la protection des travailleurs reposent sur des considérations humanitaires, morales et économiques, qui les font rentrer au premier chef dans l'ordre public international. Enfin — et cet argument est peut-être surabondant — il est si vrai que les lois sur l'état et la capacité sont des lois d'ordre public, qu'elles ont été manifestement comprises dans le domaine d'application de l'art. 6 C. civ., sans quoi on ne voit guère en vertu de quelle autre disposition il serait défendu d'y déroger.

276. Etant démontré que l'ordre public international est distinct de l'ordre public interne, comment reconnaître les lois qui ont le premier caractère et qui sont comme telles applicables même aux étrangers? On ne saurait indiquer à cet égard de critérium certain, à l'aide duquel on puisse mécaniquement les séparer de toutes les autres, pas plus, on

[1] Mais, serait-on tenté d'objecter, elles s'imposent donc alors aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux. Non, parce que la loi territoriale doit s'en remettre du soin de déterminer la condition juridique des étrangers à leur loi personnelle, seule compétente pour apprécier, eu égard à leur développement physique, moral et intellectuel, la protection qui leur est nécessaire.

l'a vu, qu'il n'est possible de trouver de définition exacte de l'ordre public en général. Cette impossibilité tient à ce que les règles considérées comme essentielles au maintien des sociétés sont au plus haut degré variables dans le temps et dans l'espace et qu'elles dépendent de l'esprit général de chaque législation, lequel ne saurait être exprimé en une formule [1]. Aussi tous les efforts tentés par les jurisconsultes pour les y enfermer sont-ils demeurés stériles [2].

Comme pour l'ordre public interne, c'est donc d'après l'objectif même de la disposition dont on recherche le caractère, qu'on peut fixer celui-ci et voir si elle est ou non d'ordre public international [3]. Elle l'est si ses prescriptions ont paru commandées au législateur surtout par l'intérêt collectif de la société, sous quelque angle qu'on l'examine : la moindre atteinte qui y serait portée, par qui que ce fût, compromettrait l'état de choses qui a été jugé, à tort ou à raison, socialement le meilleur. Elle ne l'est pas, au contraire, si ses prescriptions ont été inspirées plutôt par l'intérêt individuel des membres de la société, tel qu'on peut l'apprécier d'après l'ensemble de leur constitution. Au premier cas, la loi, pour remplir complètement son objet, est et doit être applicable à tous, sans distinction de nationalité; au second, elle ne l'est et ne doit l'être qu'aux nationaux, puisqu'elle n'a en vue que la satisfaction appropriée de leurs besoins. Ainsi les lois qui fixent la constitution fondamentale de la famille sont d'ordre public international [4]; celles qui déterminent la capacité des individus, du moins en général, ne le sont pas. On ne saurait guère multiplier ces exemples sans être obligé de les justifier un à un.

277. La règle qui vient d'être posée peut être utilement complétée par les propositions suivantes :

(1) Sur ce qu'on a appelé la « réduction progressive » et le déclin de la notion d'ordre public en droit international, cf. Boissarie, *op. cit.*, p. 158 s.; Bartin, *op. cit.*, p. 252.

(2) Despagnet, n. 107, et *op. cit.*, p. 16 et 17; Bartin, *op. cit.*, p. 192, 236 s. et 244 s. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 247.

(3) Despagnet, *op. cit.*, p. 18. — Cpr. Alglave, *Action du ministère public*, p. 572 s. — Cass. Florence, 12 déc. 1895, S., 97. 4. 17, et note.

(4) Cpr. Pillet, p. 18 s.

1° Il n'y a pas lieu d'abord, pour discerner si une disposition est d'ordre public international, de rechercher si son observation est ou non assurée par une sanction pénale. D'une part, en effet, les lois pénales ne seraient certainement pas les seules à avoir ce caractère, à supposer même qu'elles l'aient : ainsi ce n'est point, à coup sûr, parce que l'inceste n'est pas réprimé en France par des pénalités, qu'on pourrait tolérer dans notre pays la célébration d'un mariage entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur. D'autre part, toute loi sanctionnée pénalement ne serait pas nécessairement d'ordre public international, admît-on que tel est le caractère ordinaire des lois de cette nature. Elle le serait sans doute presque toujours, puisque sa sanction prouve à elle seule le haut intérêt qui s'y attache; et néanmoins on comprendrait théoriquement qu'elle pût ne pas l'être par cette raison que, s'il importe absolument qu'elle soit respectée par les nationaux, il peut ne pas importer du tout qu'elle le soit aussi par les étrangers. Ainsi on pourrait concevoir — réserve faite de l'exactitude très contestable de cette solution dans notre législation — qu'une loi comme celle du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire obligatoire, ne fût point applicable à ces derniers, comme n'ayant eu pour but que d'éclairer et de moraliser le suffrage universel (1).

Mais il y a mieux : et il paraît aujourd'hui démontré que la nature des lois pénales est tout à fait différente, en droit international, de celle des lois d'ordre public proprement dit. « En droit civil international, en effet, le juge applique en principe au rapport de droit qui lui est soumis une loi qui lui est normalement applicable et qui est tantôt sa propre loi, tantôt une loi étrangère : exceptionnellement, il lui applique sa propre loi, qu'il substitue dans ce but à la loi normalement applicable. En droit pénal international, au

(1) Despagnet, n. 107, et *op. cit.*, p. 211. — Douai, 10 déc. 1895, et Aix, 18 mars et 15 nov. 1897, S., 99. 2. 57, note de M. Pillet. — Cpr. Laurent, *Dr. civ. intern.*, II, n. 191; Aubry et Rau, I, § 31, p. 132, n. 5; Beudant, *Introd.*, n. 153; Weiss, p. 248; Pillet, p. 19; *Les enfants d'étrangers résidant en France sont-ils soumis à la loi sur l'instruction primaire obligatoire?* Questions et solutions pratiques, quest. 127, *J. Clunet*, 1902, p. 91.

contraire, il n'applique jamais que sa propre loi, et il l'applique toujours comme la loi normalement applicable au rapport de droit qui lui est soumis, parce que c'est pour lui la seule qui puisse le régir » [1].

278. 2° Il n'y a pas lieu non plus de s'attacher, ainsi qu'on l'a pourtant proposé, à la forme impérative ou prohibitive de la disposition. Cette forme, assez habituelle, du reste, à la loi, parce qu'elle exprime une volonté supérieure, ne saurait servir à déterminer si celle-ci s'impose à tous, étrangers et nationaux, ou si elle ne s'impose qu'à ces derniers : cette forme ne serait pas moins absolue, en effet, dans le second cas que dans le premier [2].

279. On admet cependant en général que toute disposition formulée en termes simplement permissifs n'est pas d'ordre public international, parce que, dit-on, « on ne comprendrait pas qu'un législateur laissât à la discrétion des individus la faculté d'user d'une institution qu'il considèrerait comme indispensable pour l'intérêt de l'Etat » [3]. Cette affirmation nous avait, dès le début, inspiré des doutes qui se sont changés aujourd'hui en la certitude qu'elle n'est pas fondée. La loi peut n'être permissive que parce qu'elle ouvre une simple faculté, dont on est libre dès lors d'user ou de ne pas user, de telle sorte qu'elle ne saurait être rédigée en termes impératifs. Mais cette forme n'empêche nullement qu'elle puisse consacrer une de ces facultés qui, aux yeux du législateur et à tort ou à raison, doivent appartenir à tous. Est-ce que, par exemple, abstraction faite de notre législation positive, il ne serait pas possible que la faculté de divorcer fût considérée dans un pays comme étant d'ordre public international, par ce motif que le divorce y serait considéré comme le seul remède réellement efficace à la situation créée par la désunion des époux et le seul conforme aux intérêts

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 214. Cf. aussi p. 190 et p. 211 s. — Cpr. Crim. rej., 29 déc. 1899, S., 1902. 1. 441. — Crim. rej., 17 mai 1900, rapp. de M. Dumas, D., 1900. 1. 401, *J. Clunet*, 1901, p. 120 et 912. — *Contra :* Despagnet, n. 107.

(2) Despagnet, *op. cit.*, p. 16, 17 et 213.

(3) Despagnet, n. 107, et *op. cit.*, p. 213 et 214. — Cf. Savigny, *Traité de dr. rom.*, trad. Guenoux, VIII, § 349, p. 35; Pillet, *op. cit.*, p. 51.

généraux de la société [1] ? Est-ce que la légitimation ne pourrait pas encore être envisagée comme participant au même caractère, par ce motif qu'elle permet de régulariser, même en la personne des enfants, les liaisons illégitimes, et qu'elle consolide le respect et le sentiment de la famille [2] ? En théorie, les dispositions qui consacrent ces deux facultés pourraient donc fort bien, dans la pensée du législateur, être d'ordre public international, et par suite applicables à tous, quel que fût le statut personnel des intéressés.

Cette démonstration a reçu de M. Bartin [3] une forme plus savante. Si c'est à raison de l'absence de communauté internationale entre l'Etat auquel appartient le juge et l'Etat dont émane la loi normalement compétente, que celle-ci se trouve écartée au profit de la loi du premier, il importe peu que cette absence de communauté se révèle au sujet d'une disposition purement permissive de la loi du juge saisi, ou d'une disposition impérative ou prohibitive de cette dernière. Elle doit dans l'un et l'autre cas avoir ce même résultat de faire réputer inexistante la loi normalement compétente, et de lui substituer alors la loi du juge avec toutes ses dispositions, quelle qu'en soit la nature.

280. 3° Il n'y a pas lieu non plus de se préoccuper de l'intérêt que pourraient avoir les nationaux à ce qu'une loi fût considérée comme étant d'ordre public international [4]. Cet intérêt d'ordre privé ne doit pas être confondu, en effet, avec la notion de l'ordre public, c'est-à-dire l'intérêt de l'Etat. Ainsi les Français seraient évidemment intéressés à ce que la

(1) Asser et Rivier, *op. cit.*, n. 53 ; Westlake, *Rev. de dr. intern.*, 1881, XIII, p. 440. — Cour suprême d'Angleterre, 16, 19 juillet et 8 nov. 1878, *J. Clunet*, 1879, p. 195. — Cass. Belg., 9 mars 1882, *Pasicrisie*, 1882. 1. 62. — Leipsig, 19 juin 1883, *J. Clunet*, 1884, p. 307. — Trib. d'Empire d'Allemagne, 28 juin 1886, *J. Clunet*, 1888, p. 530. — Sur la jurisprudence française et étrangère, cf. Bartin, *op. cit.*, p. 239 s.

(2) Chausse, *Rev. crit.*, 1888, XVII, p. 195. — Civ. cass., 22 nov. 1857, S., 58. 1. 293, D., 57. 1. 423. — Rouen, 5 janv. 1887, S., 88. 2. 75, D., 87. 2. 245, note de M. de Boeck. — *Contra* : Caen, 18 nov. 1852, S., 52. 2. 432, D., 53. 2. 61. — Orléans, 17 mai 1856, S., 56. 2 625, D., 56. 2. 154.

(3) *Op. cit.*, p. 237 s.

(4) Despagnet, n. 107, et *op. cit.*, p. 14 et 15 ; Laurent, *Dr. civ. intern.*, II, n. 190, 196 et 197 ; Pillet, p. 24 s.

capacité des étrangers fût régie par la loi française, ne fût-ce que pour n'avoir pas à s'enquérir des dispositions sur ce point de la loi étrangère : et cependant celles de notre loi ne sont nullement d'ordre public international. C'est pour avoir commis cette confusion que notre jurisprudence, et nombre d'auteurs avec elle, repoussent en cette matière l'application de la loi étrangère, lorsqu'elle serait de nature à nuire à un de nos nationaux, violant ainsi le principe implicitement consacré par l'art. 3, al. 3 (1).

281. 4° Il est du devoir strict du juge qui recherche le caractère d'une disposition légale, de se référer aux idées actuelles du législateur sur l'objet et l'importance des prescriptions qu'elle contient (2). L'atteinte qui y serait portée troublerait-elle, d'après ces idées, l'ordre social ? Toute la question est là. Tel est le principe de l'*actualité* de l'ordre public en droit international. Il est fondé sur ce que l'exclusion de la loi normalement compétente ne saurait être justifiée que par les exigences présentes de cet ordre public, et sur ce que cette loi reprend naturellement son empire dès qu'elle ne trouve plus aucun obstacle dans la législation du pays où elle doit être appliquée. En d'autres termes, si ce pays pouvait la repousser, parce que, sur ce point tout au moins, il ne se sentait pas en communauté internationale avec celui dont elle émanait, il n'a plus aucun motif de le faire dès que cette communauté lui paraît rétablie entre eux.

Il n'est donc pas permis tout d'abord au juge de faire prévaloir ses conceptions personnelles, même en matière morale, sur celles du législateur, considérât-il ces dernières comme de purs préjugés. L'opinion de M. Laurent (3), qui invitait le juge à puiser ses inspirations dans la conscience publique, et non dans les convictions du législateur, est restée isolée : la volonté plus ou moins éclairée du juge se serait substituée, en effet, trop évidemment à la volonté de celui-ci (4).

(1) Cf. *supra*, n. 209, et Barlin, *op. cit.*, p. 194 et 254.

(2) Weiss, p. 249; Barlin, *op. cit.*, p. 280 s.; Gény, *op. cit.*, p. 236. — Cf. Civ. cass., 25 mars 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 642.

(3) *Dr. civ. intern.*, II, n. 208.

(4) Savigny, *Système de dr. rom.*, trad. Guenoux, VIII, § 165, p. 161, note *c*; Despagnet, *op. cit.*, p. 18 s.; Pillet, p. 58 s.; P. Fiore, *op. cit.*, n. 28.

Le juge doit ensuite apprécier le caractère de la disposition qu'il se propose de substituer à la loi étrangère à l'époque même où il est saisi de la difficulté, et non à la date où se sont accomplis les faits qui y ont donné lieu, ou à celle où elle a été portée. En d'autres termes, une disposition, d'ordre public international à l'origine, peut avoir cessé de l'être par la suite, de telle sorte qu'elle n'exclue plus l'application de la loi étrangère, comme aussi, à l'inverse, une disposition prendre le caractère d'ordre public postérieurement à sa publication ou aux faits litigieux, de telle manière qu'elle repousse dorénavant l'application de cette loi. Ainsi, la demande d'un créancier qui, à l'étranger, aurait stipulé en matière commerciale, antérieurement à la loi du 12 janvier 1886, des intérêts supérieurs à 6 °/₀, n'a certainement pas pu être, depuis cette loi, repoussée comme contraire à l'ordre public international, ainsi que certains auraient auparavant voulu, d'ailleurs à tort selon nous, qu'elle le fût : c'est que la limitation du taux de l'intérêt a cessé depuis lors d'être envisagée, au moins en matière commerciale, comme nécessaire au maintien de l'ordre social (1).

282. Une fois reconnues comme telles, les lois d'ordre public international doivent être appliquées nécessairement au rapport litigieux dont le juge est saisi, à l'exclusion de la loi étrangère qui lui aurait été, d'après les règles de conflits, normalement applicable. Ces règles fléchissent devant elles, et la loi qu'elles indiquaient doit être écartée au nom de la conservation de la société à laquelle appartient le juge (2). Tel est l'effet direct de l'ordre public international.

On exprime généralement ce résultat en disant que ces lois sont territoriales. Et elles le sont, en effet, en ce sens que ce sont les lois du lieu où le conflit doit être résolu qui excluent toutes les autres. Elles le sont même aussi, on le verra, en cet autre sens qu'elles n'ont pas la force, en dehors

(1) Pillet, p. 41.

(2) Ce principe a été formulé par l'Institut de droit international dans les termes suivants : « En aucun cas, les lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'ordre public » (*Annuaire de l'Institut*, 1881, V, p. 57).

de ce lieu, de faire exclure l'application des règles normalement applicables. Mais on a justement observé qu'à faire ressortir ainsi leur caractère de territorialité, on avait été conduit à les confondre avec d'autres dispositions qui ne participent pas de leur nature, quoique, comme elles, leur empire soit territorial, et notamment avec les dispositions pénales et celles qui sont relatives au régime des biens ou aux suites des délits civils. Or elles doivent en être soigneusement distinguées : ces dernières, en effet, sont normalement applicables au rapport qu'elles régissent, tandis que les dispositions d'ordre public ne le sont, au contraire, qu'à titre exceptionnel et par une dérogation forcée aux règles de conflit. Aussi, par une conséquence logique de cette différence fondamentale, tandis que les dispositions d'ordre public appliquées par le juge sont nécessairement celles de sa propre loi, il peut et doit même emprunter parfois à la loi étrangère ses dispositions de statut réel, parce que ce sont elles qui gouvernent naturellement le rapport litigieux et que rien, par hypothèse, ne lui permet alors de les évincer. Celles-ci peuvent donc, à l'occasion, avoir des effets extraterritoriaux, les autres non (1).

Par application du principe, les lois civiles prohibant la polygamie, les mariages entre les plus proches parents, le divorce par consentement mutuel, la recherche de la paternité naturelle, celles qui limitent le taux de l'intérêt, s'imposent aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, quelques facultés que leur accorde à cet égard leur loi personnelle : ils ne sont plus admis à s'en réclamer, par cela seul que son observation porterait atteinte à l'ordre public tel qu'il est conçu en France. Ils ne peuvent donc, en ce pays, contracter un nouveau mariage avant que l'ancien soit dissous, intenter une action en recherche de paternité, demander le divorce pour des causes qui ne sont pas reconnues par notre loi, etc. (2).

(1) Cf. sur ces différences, Bartin, *op. cit.*, p. 190, 199, 209 s., 275 s., et 280.

(2) Cf. Aubry et Rau, I, § 31, p. 132; Demolombe, I, n. 70; Demante, I, p. 50, note 1; Laurent, I, n. 105-107; Huc, I, n. 108-111; Beudant, *Introd.*, n. 153; Weiss, p. 247 s.; Surville et Arthuys, n. 150; Pillet, p. 18 s., et 67 s.; Bartin, *op. cit.*, p. 192 s. — Req. rej., 25 mai 1868, S., 68. 1. 365. — Crim. cass., 5 mars

283. Est-ce à dire que, si dans leur propre pays cette nouvelle union a été contractée, la filiation paternelle constatée judiciairement, ou le divorce prononcé, le juge français ne doive avoir aucun égard à ces actes et soit autorisé à méconnaître celles de leurs conséquences qui sont invoquées devant lui ? Pas nécessairement : tout dépend de la nature de ces conséquences, car il se peut très bien qu'elles ne soient pas elles-mêmes contraires à notre ordre public (1). Ainsi l'enfant étranger issu d'un mariage polygamique régulièrement contracté hors de notre pays (2), l'enfant naturel dont la filiation paternelle a été établie en justice dans sa patrie, conformément à sa loi, peuvent, selon nous, se prévaloir en France de leur filiation : il n'y a rien de contraire à notre ordre public dans leurs prétentions. Quant au mal qui a pu résulter, aux yeux de notre législation, de l'union polygame ou de la recherche de la paternité, il est passé et s'est produit hors de notre territoire (3). Ainsi encore un individu, régulièrement divorcé dans son pays, peut, semble-t-il, contracter un nouveau mariage, du vivant même de son premier conjoint, dans un pays où le divorce n'est pas admis, car dans celui-ci il ne se produit qu'un fait, la célébration du mariage, qui ne trouble en

1886, S., 86. 1. 327, D., 86. 1. 138. — Aix, 27 mars 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 210, concl. de M. Naquet. — Req. rej., 29 mai 1894, S., 94. 1. 481, note de M. Lyon-Caen. — Orléans, 17 juill. 1895, S., 97. 2. 310, D., 96. 2. 45. — Douai, 10 déc. 1895, et Aix, 18 mars et 15 nov. 1897, S., 99. 2. 57, note de M. Audinet, D., 97. 2. 157 et 98. 2. 233, note de M. de Loynes. — Trib. Seine, 4 fév. 1897, et Paris, 23 juin 1898, S., 1900. 2. 41, note de M. Audinet. D., 98. 2. 360, note de C. C. — Trib. civ. Tunis, 27 déc. 1897, D., 1900. 2. 107. — Civ. cass., 17 janv. 1899, S., 99. 1. 177, note de M. Pillet. — Paris, 25 avril 1899, S., 99. 2. 232. — Crim. rej., 17 mai 1900, D., 1900. 1. 401, rapp. de M. Dumas, *J. Clunet*, 1901, p. 120 et 912. — Trib. Seine, 11 juin 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 841. — Trib. Marseille, 21 fév. 1902, D., 1902. 2. 198, *J. Clunet*, 1904, p. 188. — Paris, 14 mai 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 841.

(1) Despagnet, n. 108, et *op. cit.*, p. 215 s.; Pillet, p. 46 s.; Bartin, *op. cit.*, p. 255 s.

(2) Cf. cep. Despagnet, *op. cit.*, p. 221. — Cpr. le *Précis* du même auteur, n. 108.

(3) Despagnet, n. 108, et *op. cit.*, p. 215; Laurent, *Dr. civ. intern.*, V, n. 256; Pillet, p. 47 et 70; Bartin, *op. cit.*, p. 262. — Paris, 2 août 1866, S., 66. 2. 342, D., 67. 2. 41. — Pau, 17 janv. 1872, S., 72. 2. 233, D., 75. 2. 193 et note. — Cf. cep. Trib. Seine, 13 août 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 95. — Cpr. Civ. rej., 25 oct. 1892, *J. Clunet*, 1893, p. 397.

rien l'ordre public [1]. Ainsi enfin la stipulation, faite en pays étranger, d'intérêts supérieurs au maximum légal fixé en France, doit produire ses effets même dans ce dernier pays, sauf réserve du cas où elle serait intervenue à l'étranger précisément pour faire fraude à notre loi [2]. La limitation du taux conventionnel de l'intérêt de l'argent ne s'explique plus, du moins actuellement, que par la situation particulière du pays où elle existe, de telle sorte qu'il n'y aurait pas de bonne raison pour y soumettre les prêts consentis dans des contrées où les conditions économiques seraient différentes et où par suite elle ne se justifierait pas.

Il nous paraît, d'ailleurs, tout à fait impossible [3] de poser une règle qui permette de déterminer, avec une précision suffisante, les cas dans lesquels les conséquences d'un acte qui serait contraire à l'ordre public international d'un pays, n'y seraient pas contraires elles-mêmes. Tout dépend, en effet, des motifs pour lesquels la disposition légale qui s'oppose à cet acte est considérée comme d'ordre public [4].

284. L'ordre public international a-t-il encore, outre l'effet direct qui vient d'être indiqué, un effet indirect et « réflexe »? C'est ce que M. Pillet [5] a cru pouvoir établir. Si un Etat

[1] Demolombe, I, n. 101; Despagnet, n. 108, et *op. cit.*, p. 215; Surville et Arthuys, n. 150; Pillet, p. 46; Bartin, *op. cit.*, p. 256 s.; Esperson, *J. Clunet*, 1880, p. 334. — Civ. cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210, concl. de M. Dupin et rapp. de M. Sevin, D., 57. 1. 114 et note. — Civ. cass., 15 juill. 1878, *J. Clunet*, 1878, p. 499. — *Contra :* Demante, I, p. 50, note 1; Mailher de Chassat, *Tr. des statuts*, n. 127; Demangeat, *Rev. prat.*, 1856, I, p. 57, et les décisions cassées par les arrêts ci-dessus.

[2] Aubry et Rau, IV, § 396, p. 606, n. 27; Troplong, *Du prêt*, n. 359; Pont, *Du prêt*, n. 270; Despagnet, n. 108 et 308 et *op. cit.*, p. 215; Surville et Arthuys, n. 249 et 252; Pillet, p. 60; Brocher, *Cours de dr. intern. privé*, II, n. 217. — Req. rej., 10 juin 1857, S., 59. 1. 751, D., 59. 1. 194. — Req. rej., 9 juin 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 394. — *Contra :* Savigny, *op. cit.*, VIII, § 374, p. 273; Demangeat sur Fœlix, I, p. 252, note *a;* Laurent, *Dr. civ. intern.*, VIII, n. 202 et 203; Weiss, p. 639 et 640; Duvergier, *Du prêt*, n. 313; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 48 s.

[3] V. cep. Despagnet, *op. cit.*, p. 220 et 221.

[4] Cette impossibilité serait encore plus absolue, si l'admission de ces conséquences était due, non pas, suivant l'explication commune que nous avons reproduite, à ce qu'elles ne nécessiteraient pas de collaboration active du juge, mais, comme on l'a très fortement soutenu, tout simplement au déclin progressif de la notion d'ordre public. — Cf. sur cette dernière explication, Bartin, *op. cit.*, p. 257 s.

[5] *Op. cit.*, p. 82 s.

jouit, au nom de sa conservation, de la faculté primordiale d'écarter sur son territoire l'application de la loi étrangère, toutes les fois qu'elle blesse les principes essentiels sur lesquels repose sa constitution, il semble bien qu'il doive reconnaître pareillement aux autres Etats, au nom de leur égalité respective, le droit de soumettre aux dispositions qu'ils considèrent comme d'ordre public tous ceux qui se trouvent sur leur sol, sans distinction de nationalité. Et, tel serait l'effet réflexe de ces dispositions, les conséquences de leur observation devraient être admises partout, et non point seulement dans le pays où l'acte qui y était assujetti est intervenu, à moins cependant que ces conséquences ne fussent pas elles-mêmes contraires à l'ordre public du pays où elles doivent être appréciées, car l'effet réflexe des lois d'ordre public international ne doit pas pouvoir contrarier leur effet direct.

Cette théorie conduirait aux applications suivantes, les unes de la règle, les autres de l'exception :

1° Un prêt fait dans un pays à un taux supérieur au maximum légal doit être considéré comme usuraire même dans un autre pays où l'intérêt de l'argent est libre, quelle que soit la nationalité des parties. La loi du lieu où le prêt est intervenu s'imposait à tous, et le juge étranger lui-même doit la faire respecter, au nom du droit dont jouissait l'Etat où les parties ont traité de réglementer souverainement cette matière (1). De même et plus sûrement encore, le transfert de propriété d'un bien sis à l'étranger ne doit être, dans quelque pays que ce soit, considéré comme régulièrement accompli que tout autant que les formalités prescrites par la *lex rei sitæ* ont été observées (2).

2° Au contraire, la France ne saurait reconnaître, ni la mort civile dont seraient frappées à l'étranger certaines personnes à raison d'une condamnation criminelle, de leur profession ou de leur religion, ni la nullité du mariage contracté à l'étranger entre personnes de couleurs différentes, ni les incapacités prononcées, en pays étranger, contre

(1) Pillet, p. 85 et 86; Despagnet, n. 308. — *Contra :* Savigny, *loc. cit.*, p. 273.
(2) Pillet, p. 84 et 85.

certains individus pour des motifs politiques [1]. Et cependant incapacités et nullité résultent en pays étranger de dispositions d'ordre public international. Mais le respect de ces dispositions ne s'impose plus en tout autre pays, dès qu'elles sont contraires, comme en France, à l'ordre public même de celui-ci : l'effet réflexe ne peut pas détruire l'effet direct. Or l'effet direct est ici de faire tenir les conséquences de ces dispositions comme non avenues. C'est par les mêmes raisons que, contrairement à l'avis de M. Pillet [2], et à supposer même que sa doctrine fût exacte, le divorce prononcé entre Français, à l'étranger, pour des causes que notre loi ne reconnaît pas, ne saurait être, selon nous, considéré comme valable en France [3] : les prescriptions de notre loi sur ce point, étant d'ordre public international, ne peuvent être, en vertu de l'effet direct de celui-ci, contrariées par l'application de la loi étrangère et paralysées par l'effet réflexe des considérations d'ordre public sur lesquelles elle repose.

285. Mais doit-on même admettre l'effet réflexe des dispositions d'ordre public ? Après un nouvel examen de la question, nous ne le pensons pas. Il nous paraît, tout au contraire, que leur caractère ne s'impose que dans les limites du territoire régi par la loi qui les contient et que leur vertu est strictement territoriale. Et ce n'est que par une déduction qui n'est nullement obligatoire qu'on a pu être amené à la solution opposée. Sans doute chaque Etat doit être admis à faire respecter sur son territoire son propre ordre public et à exclure, au nom de celui-ci, la loi normalement applicable. Mais suit-il de là qu'il puisse, au nom de sa souveraineté, faire accepter à tous les autres cette éviction, sous la réserve d'ailleurs de ne pas blesser leur ordre public ? En aucune façon : sa souveraineté ne saurait évidemment absorber celle de l'Etat dont émane la loi naturellement applicable, du

(1) Pillet, p. 73. — Trib. Nice, 9 mars 1863 (Vincent et Pénaud, *Dict.*, v° *État et capacité*, n. 58). — Trib. Pontoise, 6 août 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 296. — Cf. *supra*, n. 206 et 208.

(2) *Op. cit.*, p. 86 et 87.

(3) Pic, *Mariage et divorce*, p. 230; Bartin, *op. cit.*, p. 279. — Trib. Seine, 7 fév. 1882, *J. Clunet*, 1882, p. 88. — Cpr. Trib. Seine, 24 avril 1883, *eod. loc.*, 1883, p. 160. — Trib. Seine, 4 juin 1885, *eod. loc.*, 1885, p. 550.

moins vis-à-vis de tous les Etats autres que lui-même. Et de ce qu'il exclut, lui, cette loi comme contraire à des principes qu'il considère comme essentiels, il ne s'ensuit pas qu'elle heurte également ceux sur lesquels repose la constitution des autres pays où elle veut être appliquée, d'après les règles mêmes de conflit. Or ce n'est qu'à la condition justement qu'elle les heurterait, là où le juge doit en faire application, qu'elle pourrait être évincée au profit d'une autre, qui serait alors obligatoirement celle du juge. Mais ce juge, placé en face de deux souverainetés également respectables, ne saurait, si la sienne se désintéresse de la solution, préférer celle que voudrait lui imposer l'une, à titre exceptionnel et au nom de son ordre public, à celle que lui proposerait l'autre en conformité même de la théorie du droit international et par application de ses principes. En d'autres termes et si l'on préfère, de ce qu'un Etat ne se sente pas en communauté internationale sur un certain point avec un autre Etat, il ne doit évidemment pas s'ensuivre que tous les autres soient tenus de se considérer également en conflit avec ce dernier : or ce n'est, encore une fois, qu'à cette seule condition qu'ils pourraient faire prévaloir la solution de leur propre loi sur celle qui est normalement applicable. Au nom de quoi alors pourraient-ils substituer à cette loi une autre loi qui ne serait même pas la leur [1] ?

En nous séparant à cet égard de M. Pillet, nous ne prétendons pas dire, au reste, que les solutions qu'il présente comme des conséquences de l'effet réflexe des lois d'ordre public ne soient pas fondées. Ainsi il sera toujours vrai que la *lex rei sitæ* est seule et partout compétente pour déterminer les conditions de transfert d'un bien. Ainsi encore la loi du lieu où le prêt s'est effectué déterminera seule et partout le taux auquel il pouvait être consenti, si du moins on suppose que les parties se sont référées à cette loi. Mais, qu'on le remarque, ces solutions seront imposées en tout pays, non par l'ordre public, mais simplement par la loi normalement applicable au rapport litigieux, et il n'y aura pas à faire

[1] Cf. Bartin, *op. cit.*, p. 271 s. ; Moulier, *op. cit.*, p. 178 et 182.

intervenir, pour les justifier, d'autre considération. Au contraire, on serait tenu de décider, si les dispositions d'ordre public n'ont pas d'effet réflexe, que le taux de l'intérêt est déterminé, en tout pays autre que celui où le prêt est effectué, non par la *lex loci contractûs,* mais par la loi choisie par les parties, pourvu que cette dernière ne fût pas contraire à l'ordre public du pays où elle réclame application.

Enfin, par une dernière conséquence de l'effet strictement territoral des lois d'ordre public, la décision qui en fait application dans un pays, à l'exclusion de la loi normalement compétente, ne saurait prétendre faire reconnaître son autorité, ni bien entendu dans l'Etat qui a porté cette loi, ni même dans les autres, si leur propre ordre public n'exige pas pareillement que cette dernière soit évincée. Là, au contraire, ne rencontrant aucun obstacle dans la législation, cette loi recouvrerait tout son empire [1].

[1] Bartin, *op. cit.*, p. 277; Moutier, *loc. cit.* — Neuchâtel, 26 mars 1881, *J. Clunet*, 1887, p. 115, et les décisions citées p. 266, note 3.

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

NOTION DE LA PERSONNALITÉ

286. Le livre premier du code civil traite des personnes.

Le mot personne est la traduction du terme latin *persona,* qui, après avoir désigné originairement le masque dont se servaient les acteurs dans l'antiquité [1], fut appliqué ensuite au rôle même de l'acteur, parce que ce masque exprimait matériellement le caractère du personnage [2], et enfin, par une nouvelle extension, au rôle que tout individu joue dans la société ou à l'individu lui-même en tant qu'il le remplit.

287. La personne peut être, avec exactitude, définie « l'homme envisagé au point de vue du droit » ou comme sujet actif ou passif de droits [3]. C'est l'homme juridique, si l'on peut ainsi parler. Mais, par une extension de l'idée de personne, on en a reconnu la qualité à des êtres abstraits, pures créations de l'intelligence ou du moins de la volonté, parce qu'ils étaient susceptibles eux aussi d'être les sujets de droits ou d'obligations. En sorte qu'on distingue des personnes physiques et des personnes morales ou civiles.

(1) *Vox personabat.* Si l'on en croit Aulu-Gelle (*Nuits attiq.*, V, 7), le masque augmentait, comme une sorte de porte-voix, la sonorité de la voix de l'acteur.

(2) Cf. sur les masques dans le théâtre ancien, O. Navarre, *Dionysos*, p. 140 s.

(3) Cpr. Aubry et Rau, I, § 52, p. 262; Demolombe, I, n. 132 et 133; Demante I, n. 13; Laurent, I, n. 287; Huc, I, n. 96 et 202; Beudant, I, n. 1; Planiol, I, n. 362; Surville, I, n. 82; Capitant, p. 51.

§ I. *Des personnes physiques.*

I. *De leurs conditions d'existence.*

288. Tous les êtres humains sont actuellement en France des personnes. Il en est différemment, d'ordinaire, dans les sociétés qui pratiquent l'esclavage. Toutefois quelques-unes d'entre elles ont reconnu à l'esclave, dans une mesure plus ou moins large, une certaine personnalité. C'est ainsi qu'en France même, avant l'abolition définitive de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises (décret du 27 avril 1848; constitution des 4-10 novembre 1848, art. 6; sénatus-consulte du 3 mai 1854, art. 1er), les esclaves avaient été déjà rangés parmi les personnes par la loi du 24 avril 1833 et l'ordonnance du 4 août 1833, et assez largement traités comme tels, au point de vue de la capacité, par la loi du 18 juillet 1845 (1).

289. L'homme constitue une personne dès le moment même de sa naissance. Jusque-là il n'est pas une personne distincte, il n'est encore que *pars viscerum matris*. Pourtant, en droit romain (2), on considérait, par une fiction de droit, l'enfant simplement conçu comme déjà né, lorsque son intérêt l'exigeait. Ce principe, admis aussi dans notre ancien droit, a été formulé en ces termes : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* Le code civil en consacre lui-même plusieurs applications, qui prouvent qu'il a été maintenu dans toute sa généralité (art. 725-1° et 906 al. 1 et 2). Il va de soi, du reste, que le bénéfice n'en peut être invoqué par les ayants-cause d'un enfant qu'autant qu'il est né vivant et viable (3).

290. Un être humain n'est, en effet, une personne qu'à ces deux conditions (arg. art. 314-3°, 725-2° et 906 al. final). Il faut :

(1) Aubry et Rau, I, § 53, p. 264, n. 6-8; Demolombe, I, n. 133; Laurent, I, n. 287; Beudant, I, n. 2; Planiol, I, n. 364; Surville, I, n. 82; Capitant, p. 52. — Crim. cass., 8 fév. 1839, S.; 39. 1. 612, D., 39. 1. 194.

(2) L. 26, D., *De statu hom.*, I. 5; L. 3, C., *De posth.*, VI, 29.

(3) Aubry et Rau, I, § 53, p. 262, n. 1; Demolombe, XIII, n. 174; Laurent, VIII, n. 536; Beudant, I, n. 3; Planiol, I, n. 366 à 368; Surville, I, n. 83; Capitant, p. 54 et 55. — Cf. sur l'histoire de ce principe, Ed. Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893, n. 151 s.

1° Qu'il naisse vivant. L'enfant mort-né ne compte pas au point de vue du droit : « *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur* » (1). On s'accorde à dire que l'enfant doit être considéré comme ayant vécu lorsqu'il a respiré d'une manière complète après sa sortie du sein maternel, ce qui est la preuve d'une existence propre et extra-utérine. Ce ne peut être là qu'une question de fait (2).

291. 2° Qu'il naisse viable, c'est-à-dire ayant l'aptitude à vivre (3). Tout enfant né vivant est d'ailleurs présumé viable (4). Mais cette présomption comporte-t-elle la preuve contraire.

Elle peut être combattue, d'après nous, par la preuve que l'enfant est né avec une conformation si imparfaite que la prolongation de son existence au delà d'un temps très court, est impossible. Et c'est encore là uniquement une question de fait. Il ne suffit pas pour écarter cette opinion, de dire, comme on l'a fait (5), qu'elle ne peut conduire qu'à des « solutions plus ou moins arbitraires », ni moins encore d'alléguer, sans le démontrer, que la loi « paraît rejeter cette preuve, toutes les fois qu'il s'est écoulé plus de 180 jours entre la conception et l'accouchement ». Si la présomption n'est pas invincible, rien de plus naturel que d'admettre qu'elle puisse être ruinée par une preuve directe, qu'aucune disposition légale n'interdit, et à juste titre, car la viabilité ne dépend pas nécessairement de la durée de la gestation (6).

292. Mais cette présomption ne cesse-t-elle pas aussi, pour

(1) L. 129, D., *De verb. signif.*, L. 16.

(2) Merlin, *Quest.*, v° *Vie*, § 1, n. 1 et 2; Aubry et Rau, I, § 53, p. 262, n. 2; Demolombe, XIII, n. 177-179 et 186; Toullier, III, n. 93; Duranton, VI, n. 78; Demante, III, n. 29; Laurent, VIII, n. 541 s.; Beudant, I, n. 3; Planiol, I, n. 369; — Montpellier, 25 juill. 1872, S., 72. 2. 189.

(3) Demolombe, I, n. 180 et 181; Duranton, VI, n. 75; Beudant, I, n. 3; Planiol, I, n. 368; Capitant, p. 53 et 54. — Angers, 27 mai 1822, S., 23. 2. 105, rapp. de M. Allain-Targé. — Cpr. Laurent, VIII, n. 545 et 546.

(4) Merlin, *loc. cit.*, § 1, n. 3; Aubry et Rau, I, § 53, p. 262, n. 3; Demolombe, XIII, n. 187; Demante, III, n. 30, Fuzier-Herman, art. 7, n. 4. — Angers, 25 mai 1822, précité. — *Contra* : Duranton, VI, n. 77 et 78; Laurent, VIII, n. 547.

(5) Aubry et Rau, I, § 53, p. 263, n. 4.

(6) Demolombe, XIII, n. 187; Demante, III, n. 32 *bis*, II; Laurent, VIII, n. 548; Planiol, I, n. 369; Beudant, I, n. 3; Capitant, p. 54. — Bordeaux, 8 fév. 1830, S., 30. 2. 164, D., 30. 2. 160. — Lyon, 24 mars 1876, S., 77. 2. 200. — Angers, 31 mai 1880, S., 81. 2. 8, D., 82. 2. 139.

être remplacée par une présomption inverse de non-viabilité, lorsqu'il s'est écoulé moins de 180 jours entre l'époque de la conception et celle de la naissance de l'enfant? C'est ce qu'admet une partie de la doctrine [1], par argument des art. 312 et 314, qui supposent que la durée de la gestation ne peut être moindre de 180 jours. Nous ne saurions nous rallier à cette opinion, et faire dépendre la solution de la question de viabilité, qui est une simple difficulté de fait, de présomptions légales qui y sont tout à fait étrangères. Force serait, au surplus, de faire déterminer la date de la conception par les gens de l'art. Or serait-il raisonnable de se contenter ici, comme on le propose, d'une preuve aussi incertaine, alors qu'on veut repousser comme trop hasardeuse la preuve directe de la non-viabilité de l'enfant? Nous croyons donc que c'est à cette dernière seule qu'on peut recourir. Mais il est évident qu'elle sera tout naturellement facilitée par la démonstration de la brièveté de la gestation [2].

293. Il importe peu, du reste, au point de vue de sa personnalité, que l'enfant, né vivant et viable, soit atteint de difformités physiques ou de tares intellectuelles plus ou moins graves. La théorie romaine qui refusait toute capacité juridique à ce qu'on appelait les monstres, quoique suivie par certains jurisconsultes de l'ancien droit [3], n'a pas été consacrée par le nouveau. Peut-être même le fait qu'elle suppose un enfant qui n'aurait pas forme humaine est-il physiologiquement impossible [4].

294. Une personne physique ne cesse d'être que par la mort naturelle. La personnalité de l'être humain n'était même

[1] Merlin, *loc. cit.*; Chabot, *Des succ.*, sur l'art. 725, n. 10 et 11; Aubry et Rau, I, § 53, p. 262 et 263, n. 4; Toullier, II, n. 98; Troplong, *Des don.*, II, n. 601; Fuzier-Herman, art. 7, n. 5.

[2] Demolombe, Demante, Laurent, Capitant, *loc. cit.*

[3] L. 14, D., *De statu hom.*, I, 5; L. 135, D., *De verb. signif.*, L. 16; L. 3, C., *De posth.*, VI, 29. — Lebrun, *Des succ.*, liv. I, ch. IV, sect. 1; Ricard, *Des disp. cond.*, tit. II, ch. V, n. 100; Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, sect. 2, n. 14 et 15.

[4] Aubry et Rau, I, § 53, p. 263, n. 5; Demolombe, V, n. 112; Beudant, I, n. 3; Eschbach, *Notes sur les prétendus monstres*, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1847, XXVIII, p. 167. — *Contra* : Duranton, VI, n. 75; Troplong, *Des donations*, II, n. 605; Vazeille, *Des succ.*, art. 725, n. 9; Malpel, *Des succ.*, n. 31. — Cpr. Planiol, I, n. 368 *in fine*.

pas complètement effacée par la mort civile, avant son abolition par la loi du 31 mai 1854 (1).

II. *De l'individualisation des personnes physiques. Des noms et des titres de noblesse.*

294 *bis*-I. Les personnes physiques s'individualisent et se distinguent essentiellement les unes des autres par le nom qu'elles portent, et parfois aussi par les titres de noblesse qui peuvent leur appartenir.

Il convient donc d'étudier à cette place les règles juridiques relatives à ce nom et à ces titres.

N° 1. Du nom (2).

294 *bis*-II. Le nom, en tant qu'il sert à la désignation des personnes, est plus particulièrement qualifié de nom patronymique. On le distingue ainsi du nom commercial, dont il n'y a pas à s'occuper dans ce traité, et qui constitue, pour les commerçants, un moyen d'attirer à eux la clientèle, un élément d'achalandage (3).

Le nom patronymique, d'ailleurs, n'est pas, à notre époque, la seule appellation qui serve à la désignation des per-

(1) Cpr. cep. Gabriel Timbal, *La condition juridique des morts*, thèse, Toulouse, 1903.

(2) La Roque, *Traité de l'origine des noms et surnoms*, Paris, 1681, réimprimé dans le *Traité de la noblesse*, du même; Eusèbe de Salverte, *Essai historique sur les noms d'hommes, de peuples et de lieux*, Paris, 1824; Beautemps-Beaupré, *Du droit des propriétaires de fiefs d'ajouter le nom de leurs fiefs à leur nom patronymique*, Paris, 1864; Hallez-Claparède, *Des noms propres et de leur origine*, Paris, 1869; G. van Hoorebecke, *Etudes sur l'origine des noms patronymiques flamands et sur quelques questions qui se rattachent aux noms*, Bruxelles, 1877; Tournade, *Etude sur le nom de famille et sur le titre de noblesse*, 1882; J.-A. Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, Paris, 1890; Saleilles, Le droit au nom individuel dans le code civil allemand, *Rev. crit.*, 1900, XXIX, p. 94; Perreau, Contribution à l'étude du nom civil, *Rev. crit.*, 1901, XXX, p. 572 s., 628 s.; Ph. Sudre, *Le droit au nom*, thèse, Paris, 1903; Perreau, De la protection du nom patronymique contre les empiétements des tiers, *Rev. tr. de droit civil*, 1904, p. 493 s.

(3) On peut dire que le nom commercial est au fonds de commerce ce que le nom patronymique est à la personne. Sur le nom commercial, cf. Thaller, *Traité élément. de droit comm.*, n. 101 s.; Bry, *Cours élément. de législ. industrielle*, p. 405 s.

sonnes : il est toujours accompagné d'un ou plusieurs prénoms, et peut même être accompagné d'un ou plusieurs surnoms.

Notre étude portera donc : 1° sur le nom patronymique, aussi appelé quelquefois nom de famille ; 2° sur les prénoms ; 3° sur les surnoms, à propos desquels il faudra s'occuper des pseudonymes ou noms de guerre. Mais elle doit être précédée de quelques notions historiques.

294 *bis* III. **Notions historiques.** — La seule appellation connue, chez la plupart des peuples de l'antiquité, était celle qui correspondait au prénom d'aujourd'hui (1).

Chez les Hébreux, un nom unique était donné aux enfants par le père. Les enfants mâles le recevaient huit jours après leur naissance, au moment de leur circoncision (2), et, généralement, il n'était autre que celui d'un des membres de la famille (3).

En outre, parfois, pour éviter toute confusion, on ajoutait au nom de l'enfant celui de son père, en les séparant par le mot *bar,* qui voulait dire *fils de* (4).

Comme le peuple hébreu, les Grecs ne connaissaient qu'un seul nom, correspondant au prénom d'aujourd'hui, et, dans l'usage, ce nom était celui d'un ascendant, généralement celui du grand-père. Du reste, pour mieux l'individualiser, s'il y avait lieu, la personne était aussi désignée soit sous le nom de son père, accompagné de la mention de sa filiation, soit sous un surnom, rappelant une qualité ou un défaut, d'ordre physique ou moral (5).

Très probablement il dut en être de même, à l'origine, chez

(1) Planiol, I, n. 376 ; Lallier, *op. cit.*, n. 7.

(2) *Genèse*, XVII, 9 et s. ; *Lévitique*, XII, 3. — Cpr. saint Luc, I, 59 et s. ; II, 21.

(3) Les parents de saint Jean-Baptiste s'étonnent, lorsqu'au jour de sa circoncision son père déclare qu'il s'appellera Jean : « Mais personne, dirent-ils, ne s'est appelé jusqu'ici de ce nom dans la famille. » Et ils proposaient de lui donner le nom de Zacharie, qui était celui de son père. Saint Luc, *loc. cit.*

(4) Et il arrivait quelquefois qu'une personne fût plus connue sous le nom de son père que sous le sien propre : par exemple, l'apôtre saint Barthélemy, dont on ne sait pas, paraît-il, avec certitude, le nom véritable.

(5) C'est sous leur surnom que certains hommes de l'antiquité nous sont connus : tel Platon, qui, de son vrai nom, s'appelait Aristoclès. Démosthènes, au contraire, fut connu tout d'abord sous le nom de *bègue*. Lallier, *loc. cit.*

les Romains [1]. Toutefois, à l'époque historique, si loin qu'on remonte, on trouve un système onomastique beaucoup plus complexe [2].

Les pièces principales de ce système sont au nombre de quatre, savoir : le *prænomen,* le *nomen* ou *nomen gentilitium*, le *cognomen* et l'*agnomen*. Ex., Publius Cornelius Scipio Africanus. De ces quatre éléments, d'ailleurs, deux seulement sont essentiels : le *prænomen* et le *nomen gentilitium*.

Le *prænomen* correspondait à notre prénom. C'était le nom individuel donné à la personne, et, à Rome, on n'en portait qu'un. Les *prænomina* étaient assez limités, pour les hommes tout au moins [3]. Dans certaines familles même, le choix ne portait guère que sur deux ou trois d'entre eux. Les principaux étaient : Publius, Tiberius, Caïus, Marcus, Cnaeus, etc.

Le *nomen gentilitium* correspondait à notre nom patronymique. Il était commun à tous les membres de la même *gens*. La similitude de nom était même l'un des moyens, le principal, de distinguer les *gentiles* [4]. Tous les Romains [5] avaient un *nomen gentilitium,* celui de leur père, qu'ils recevaient en naissant [6]. Ils en changeaient par l'adoption, pour prendre celui de l'adoptant [7]. Quant aux femmes, un autre changement résultait pour elles de la *conventio in manum,* en vertu de laquelle elles prenaient le nom de leur mari [8]. Enfin les affranchis prenaient le *nomen gentilitium* de leur patron [9].

Le *cognomen* était un surnom d'un genre particulier. Il servait à distinguer les différentes branches de la même *gens*,

(1) Lallier, n. 8.

(2) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 103, 107, 116 et 117, 157, 171 : Planiol, I, n. 376 ; Lallier, n. 8.

(3) Cpr. Planiol, *loc. cit.*

(4) Cf. le texte très connu de Cicéron, *Top.*, VI, 29.

(5) Pour les pérégrins, cf. Girard, *op. cit.*, p. 107.

(6) Les enfants nés hors des *justæ nuptiæ* devaient prendre celui de leur mère.

(7) Girard, p. 171.

(8) Girard, p. 157, note 6. On connaît la formule : *Ubi eris Gaïus, ego ero Gaïa.*

(9) Girard, p. 116 et 117.

les différentes familles qui la composaient. Ainsi, dans la gens *Cornelia,* dont tous les membres se reconnaissaient au *nomen* de *Cornelius,* on distinguait la famille *Scipio.* De même, dans la gens *Tullia,* on distinguait la famille *Cicero,* qu'illustra le grand orateur. *Scipio, Cicero* (1) étaient des *cognomina.*

Les *cognomina* avaient dû apparaître dès que les familles appartenant à la même *gens* s'étaient multipliées. Mais ils avaient aussi une autre origine, l'adoption, car l'adopté, en prenant le *nomen gentilitium* de l'adoptant, y ajoutait, comme *cognomen,* son ancien *nomen gentilitium,* avec la désinence *anus, v. g.* Manlius Acidinus Fulvianus (2), Scipio Æmilianus.

Les *cognomina* étaient transmissibles. Du reste, on pouvait en porter plusieurs, et on finit même par tomber, à cet égard, dans de véritables exagérations (3).

Quant à l'*agnomen,* c'était un surnom individuel, *v. g. Africanus.* Il pouvait devenir transmissible, ce qui le transformait en *cognomen,* et peut-être faut-il voir dans cette transmission l'explication de la multiplicité des *cognomina,* dans les derniers temps de l'histoire romaine.

294 *bis*-IV. Le système romain s'introduisit en Gaule après la conquête, et il y prévalut sur le système du nom unique, qui y avait été, jusque-là, pratiqué (4). Mais ce système du nom unique réapparut après l'invasion des Barbares, avec les Francs, chez lesquels il était en usage comme chez tous les peuples primitifs (5).

Toutefois, sous l'influence de la nouvelle religion, les noms barbares disparurent peu à peu, pour faire place à des noms chrétiens, surtout lorsque cessa l'usage de n'administrer le baptême qu'à des adultes.

Primitivement, en effet, le baptême n'était administré,

(1) Ce *cognomen* de *Cicero* (*pois chiche*) rappelait sans doute une difformité de l'un des ancêtres du grand orateur.

(2) Girard, p. 172.

(3) Cpr. Lallier, n. 8.

(4) Planiol, I, n. 380; Lallier, n. 9.

(5) Planiol, *loc. cit.;* Lallier, n. 9.

hors les cas de nécessité, qu'au catéchumène qui avait fait preuve, tout à la fois, du désir de le recevoir et d'une connaissance suffisante de la religion qu'il désirait embrasser. A ce moment on lui donnait un nom, celui d'un autre chrétien, spécialement celui de son parrain ou de sa marraine; mais, comme jusque-là il en avait porté un autre, qui lui avait été donné par son père, en fait, même après le baptême, il continuait à porter ce dernier (1).

Mais, quand on prit l'habitude de conférer le baptême dès la naissance, il fut tout naturel de choisir cette occasion solennelle pour donner aux enfants les noms qu'ils devraient porter (2). Et tout naturellement aussi ces noms furent des noms de chrétiens, et même, peu à peu, des noms de saints (3).

D'ailleurs, pendant assez longtemps, on ne donna qu'un seul nom. Mais plus tard apparut l'usage de préciser la désignation d'une personne par l'adjonction à son nom, soit du nom de son père (*Petrus Jacobi*) (4), soit d'un surnom (*Hugues Capet*). Cet usage remonte, pour les rois et les personnes de condition, au VIIIe ou IXe siècle (5); il ne devint général pour les autres qu'au XIIIe siècle (6).

Ces surnoms avaient toujours un rapport plus ou moins étroit avec celui à qui ils étaient donnés. Ils rappelaient notamment : 1° sa profession, *v. g. Fabre, Boucher, Boulanger, Molinier, Cordier...*, ou les fonctions dont il était investi, *v. g. Labbé, Sergent, Chapelain, Prévôt, Bailly;...* 2° son pays d'origine, *v. g. Lenormand, Picard, Breton, Lallemand, Langlois;...* 3° l'endroit où il habitait, *v. g. Dupuy, Delpech,*

(1) Lallier, n. 10.

(2) C'est ce qui explique l'appellation de *nom de baptême*, donnée au nom unique d'autrefois, devenu le prénom d'aujourd'hui.

(3) Cet usage, obligatoire aujourd'hui, fut assez long à s'établir définitivement. — Cpr. Lallier, n. 10, et les références.

(4) Cet usage existe toujours, même à notre époque, en Russie. Ivan, fils de Fédor, s'appelle Ivan Fédorovitch. Véra, fille d'Ivan, s'appelle Véra Ivanovna. — Il existe aussi chez les Arabes : Hassan, fils de Mohammed, s'appelle Hassan *ben* Mohammed.

(5) Le premier roi qui ait reçu un surnom est Pépin *le Bref* (Xe siècle); mais ses ancêtres ont un surnom : Charles *Martel*, Pépin *d'Héristal*, Pépin de *Landen*.

(6) Planiol, I, n. 378; Lallier, n. 12.

Grandmaison, Dubois, Dumont, Dupont, Lacaze;... 4° un défaut ou une qualité, *v. g. Lebon, Gaucher, Adroit, Franc, Gros, Petit, Lelong, Legrand...* Ceux-là même qui nous paraissent de pure fantaisie, *v. g. Lelièvre, Mouton, Persil...*, devaient avoir avec la personne à qui ils furent donnés un rapport, tout au moins accidentel, que nous ignorons. D'autres fois ces surnoms n'étaient que des noms de baptême, qui n'étaient autres, sans doute, que ceux du père ou d'un autre ascendant (1). Enfin, chez les nobles, le surnom naturel était celui du fief qu'ils possédaient. Il s'ajoutait à leur nom, précédé généralement de la préposition *de,* traduction du latin *a* ou *ab,* devant laquelle on sous-entendait le mot *seigneur,* ou, ce qui revenait au même, le mot *sieur* (2); de telle sorte que *Simon de Montfort*, *Robert de Bourbon*, équivalaient à *Simon,* seigneur *de Montfort,* à *Robert,* seigneur *de Bourbon.*

Les surnoms avaient été d'abord purement individuels. Par la suite, ils devinrent héréditaires, constituant ainsi le nom patronymique, le nom de famille d'aujourd'hui.

Cette transformation s'explique aisément pour les surnoms des nobles. Puisqu'ils tiraient leurs surnoms de leurs fiefs, ces surnoms devaient être transmissibles à l'aîné de leurs enfants mâles, qui, après leur mort, héritaient de ces fiefs (3). Quant aux autres enfants, ils n'héritèrent pas plus, au début, du surnom qu'ils n'héritaient du fief : ils en recevaient un autre, tiré, soit du domaine qui leur était dévolu, soit du domaine qui leur était apporté en mariage (4). Peu à peu, cependant, pour mieux établir la descendance dont ils se glorifiaient, ils conservèrent, à titre de surnom, le surnom de leur père, c'est-à-dire le nom du fief de ce dernier, bien

(1) De nos jours encore, certains prénoms tendent à s'incorporer au nom patronymique, soit pour le compléter, *v. g., Casimir-Perier*, Mme Goyau, née Lucie *Félix-Faure...*, soit même pour le remplacer : Jules *Suisse,* dit *Simon,* du prénom de son père, n'est guère connu que sous le nom de Jules *Simon.* — Cpr. Planiol, I, n. 387.

(2) Planiol, I, n. 379.

(3) Lallier, n. 13.

(4) Lallier, *loc. cit.,* montre comment le surnom de *Bourbon* fut la conséquence du mariage de l'un des fils puînés de saint Louis.

qu'ils n'en héritassent pas. Et les droits de l'aîné étaient sauvegardés de deux façons. D'abord il héritait seul des titres de noblesse attachés au fief. Puis il conservait le nom de ce fief sans addition, alors que les autres y ajoutaient le nom de l'un ou l'autre des domaines dont il vient d'être parlé [1].

L'hérédité des surnoms des roturiers et leur transformation en noms patronymiques durent avoir évidemment une autre cause. Par une tendance analogue à celle qui, encore aujourd'hui, fait très souvent donner à un enfant le prénom de son grand-père ou de sa grand'mère, on dut fréquemment attribuer à une personne, comme surnom individuel, le surnom de son père, et ce surnom, porté de père en fils, pendant plusieurs générations, ne devait pas manquer de devenir héréditaire [2].

Quelle qu'en soit la cause, cette transformation commence vers la fin du XIe siècle et constitue un fait acquis, soit pour les nobles, soit pour les roturiers, vers le milieu du XIIIe.

Alors est de mieux en mieux ressentie l'utilité particulière que présente l'hérédité du nom patronymique pour la généalogie et la distinction des familles. Les membres d'une même famille se reconnaissent à la similitude du nom, ou du moins est-elle l'un des éléments qui leur permettent de se reconnaître. Le nom personnifie ou semble personnifier la famille. Il rappelle les ancêtres. Son hérédité est l'image d'une autre hérédité : celle des idées et des sentiments, celle des qualités et des vertus. Elle donne aux familles le désir de la durée [3]. Aussi s'explique-t-on qu'on tienne au nom, qu'on s'y attache, qu'on cherche à le défendre contre les usurpations des tiers, et que de son hérédité soit sortie insensiblement son immutabilité.

Dès le XVe siècle, en effet, peut-être même avant, il est de principe que nul ne peut changer de nom sans l'agrément du roi. Cette règle, purement coutumière, sauvegarde le droit

[1] Lallier, n. 14. Par exemple, pour les Valois, il y avait les Valois directs, qui descendaient, en droite ligne, par ordre de primogéniture, du roi Philippe VI, et ensuite deux branches cadettes : les Valois-Orléans et les Valois-Angoulême.

[2] Lallier, n. 15.

[3] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. IV.

que l'on reconnaît déjà aux familles de protéger leur nom contre toute usurpation (1).

Mais, malgré cette règle, en fait et très souvent, des changements de nom se produisaient, soit de la part des roturiers, qui, très volontiers, ajoutaient à leur nom celui des terres, particulièrement des terres nobles, qu'ils acquéraient, le revêtant ainsi d'une apparence de noblesse; soit de la part des nobles eux-mêmes, des cadets du moins, qui échangeaient leur nom patronymique contre celui du domaine qui leur était dévolu ou qui leur était apporté en mariage. Ils y trouvaient cet avantage de pouvoir se parer des titres de noblesse attachés à ce domaine, et de transformer ainsi en noblesse titrée la noblesse simple à laquelle seule leur naissance leur donnait droit (2).

Le mal n'aurait pas été trop grand s'il ne s'était agi que d'une addition au nom patronymique : mais, peu à peu, par une véritable substitution, ce nom était délaissé et oublié, et le nom additionnel seul porté. Or l'ordre public est intéressé à ce que l'on ne change pas de nom à son gré. Le nom est une obligation pour les personnes, autant et même plus qu'un droit (3). Sa fixité est un élément de sécurité générale. Elle est l'un des principes sociaux fondamentaux. En dehors d'elle, les transactions, le crédit, la police, l'administration de la justice, l'ordre public perdent leur base nécessaire, et l'on a a pu dire, avec raison, que le nom était, en réalité, une institution de police civile (4).

Aussi l'édit d'Amboise, rendu, le 26 mars 1555, par le roi Henri II, faisait-il défense, par son article 8, à toutes personnes de changer leurs « noms et armes », sans avoir « lettres de dispense et permission », et ce, à peine de 1.000 livres d'amende, d'être poursuivies comme faussaires et d'être « exauthorez de tout degré et privilège de noblesse » (5).

D'après son texte même, l'édit d'Amboise, qui, d'ailleurs,

(1) Lallier, n. 16.

(2) Lallier, n. 17 et 18. — Cpr. Planiol, I, n. 380. — Sur la distinction de la noblesse simple et de la noblesse titrée, cf. *infra*, n. 294 *bis*-XXXIII.

(3) Planiol, I, n. 398.

(4) Cf. Planiol, I, n. 398.

(5) Cf. Aubry et Rau, II, p. 265; Planiol, I, n. 380; Lallier, n. 19 et 142.

ne fut pas enregistré dans tous les parlements [1], paraissait n'avoir visé que les nobles [2]. Or c'est avec la même limitation que cette prohibition fut renouvelée par la célèbre ordonnance de janvier 1629, plus connue sous le nom de *Code Michau*. Il y fut fait défense aux « gentils hommes » de signer du nom de leurs « seigneuries », à peine de nullité de leurs actes et contrats. Mais cette défense fut interprétée restrictivement par le parlement de Paris : il ne considéra comme prohibée que la substitution du nom de seigneurie au nom patronymique. La simple addition du premier au second demeura donc permise, et les gentilshommes purent, sans encourir les peines de l'ordonnance, faire suivre, dans leur signature, leur nom patronymique du nom de leurs seigneuries [3].

Avec cette jurisprudence, l'édit d'Amboise et l'ordonnance de 1629 n'eurent d'autre effet que de transformer l'usage qui s'était établi. Jusque-là, on avait volontiers substitué un nom de terre au nom patronymique. Désormais, cette substitution n'étant plus possible, ce qui fut permis ou du moins toléré, ce fut l'addition d'un ou plusieurs noms de terre au nom patronymique [4].

Sous cette modification, l'usage se maintint, soit chez les nobles, soit surtout chez les roturiers, qui y trouvaient le moyen de dissimuler, avec le temps, leur origine. Ils conservaient, sans doute, leur nom patronymique, qu'il ne leur était pas plus permis qu'aux nobles d'échanger contre un nom de terre [5]; mais, peu à peu, le nom patronymique s'effaçait, et on s'habituait à ne plus les désigner que sous le nom additionnel qu'ils s'étaient donné [6].

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Promesse de changer de nom.* — Cf. aussi le rapport de M. le conseiller Alméras-Latour, S., 82. 1. 115. Cpr. Lallier, n. 19.

(2) Cpr. Lallier, n. 19. — Cf. cependant une application de l'édit de 1555 à une famille roturière, Req. rej., 16 nov. 1824, D., 24. 1. 486. Cf. aussi Lallier, n. 124.

(3) Lallier, n. 20. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.;* Planiol, *loc. cit.*

(4) Sur les inconvénients de l'usage primitif et les avantages de sa transformation, cpr. Lallier, n. 23.

(5) Il est vrai que la prohibition n'était sans doute pas sanctionnée, comme pour les nobles, par les peines de l'édit de 1555 ou de l'ordonnance de 1629.

(6) Lallier, n. 22. — Cpr. Aubry et Rau, II, p. 266, texte et note 9; Planiol, I, n. 380. Quelquefois, d'ailleurs, le nom de terre dont s'affublaient les roturiers avait été créé par eux à cet effet. — Cf. Dijon, 10 fév. 1882, S., 83. 2. 42.

L'addition des noms de terre au nom patronymique est considérée par la jurisprudence moderne comme ayant été parfaitement permise par l'usage. Elle admet, en conséquence, que, lorsque cette addition a eu lieu, le nom de terre qui en a été l'objet s'est valablement incorporé au nom patronymique et en constitue le complément régulier, un peu comme le *cognomen* romain constituait le complément régulier du *nomen gentilitium*. Qu'il s'agisse d'un nom de terre noble ou d'un nom de terre roturière, il importe peu (1). Mais ce qui est essentiel, c'est qu'il y ait eu, de la part des auteurs de l'addition, une volonté persistante de la faire, et il n'en est ainsi, d'après la jurisprudence, que tout autant qu'il y a eu, avant la Révolution, une possession ancienne, publique, acceptée par tous et régulièrement constatée, continue et non intermittente, du nom de terre (2). Quant à la substitution complète d'un nom de terre au nom patronymique, la jurisprudence la considère comme n'ayant jamais été permise sans l'agrément du souverain : aussi les tribunaux qui reconnaissent à une famille le droit de porter un nom de terre, lui interdisent-ils, en général, de le porter isolément (3).

(1) Cpr. Limoges, 9 avril 1878, S., 78. 2. 195. — Req. rej., 22 oct. 1901, S., 1902. 1. 191, D., 1904. 1. 307. Mais cpr. les arrêts cités par Lallier, p. 36, note 1. — Cf. Lallier, n. 22. Sur les conditions particulières auxquelles on pouvait prendre le nom d'une terre noble, cf. Lallier, n. 24 et 26.

(2) Aubry et Rau, 5e éd., II, p. 266; Planiol, I, n. 380; Lallier, n. 22 s. — Req. rej., 17 déc. 1860, et Civ. rej., 15 janv. 1861, S., 61. 1. 273. — Civ. rej., 10 mars 1862, S., 62. 1. 593. — Lyon, 24 mai 1865, S., 66. 2. 343. — Poitiers, 9 juill. 1866, S., 66. 2. 344. — Civ. cass., 20 nov. 1866, S., 66. 1. 419. — Rennes, 4 juin 1878, S., 79. 2. 10. — Paris, 30 mai 1879, D., 79. 2. 137. — Rennes, 20 avril 1880, S., 81. 2. 30. — Req. rej., 2 fév. 1881, S., 82. 1. 115. — Civ. rej., 27 juill. 1886, S., 90. 1. 335. — Trib. Péronne, 2 avril 1890, D., 93. 1. 244. — Angers, 2 juill. 1894 (sol. impl.), S., 95. 2. 132, D., 95. 2. 127. — Trib. Mayenne, 25 nov. 1896, D., 97. 2. 156. — Trib. Seine, 10 août 1897, S., 1902. 1. 191, D., 1902. 2. 174. — Lyon, 29 juill. 1898, D., 99. 2. 61. — Paris, 16 mai 1900, S., 1902. 2. 191, D., 1902. 2. 174. — Angers, 12 août 1901, S., 1904. 2. 29, D., 1902. 2. 216. — Trib. Mayenne, 13 août 1901, D., 1903. 2. 222. — Cpr. encore Bourges, 30 janv. 1901, S., 1904. 2. 27, D., 1903. 2. 325. — Req. rej., 22 oct. 1901, S., 1902. 1. 191, D., 1904. 1. 307. — Cf. sur d'autres usages tolérés en matière de changements de noms, Lallier, n. 27.

(3) Nîmes, 7 juill. 1829, S., 30. 2. 4. — Rennes, 20 fév. 1880, S., 81. 2. 30. — Req. rej., 2 fév. 1881, S., 82. 1. 115. — Ils ne peuvent pourtant le lui interdire d'office. Cpr. Amiens, 24 déc. 1890, D., 93. 1. 244.

294 *bis*-v. A raison même de l'apparence de noblesse qu'elle créait, le législateur de la Révolution ne pouvait qu'être défavorable à cette pratique. Par une première interdiction, contenue dans l'art. 3 du décret des 19-23 juin 1790, abolitif de la noblesse, il était dit qu' « aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille ». C'était prohiber, par le fait, toute addition au nom patronymique dans l'avenir, et même défendre d'user des additions qui avaient pu y être faites, dans le passé, valablement ou non [1].

Mais, faute de sanction, ce décret demeura lettre morte. On se contenta de délaisser les appellations nobiliaires et féodales, parce que le décret des 26 septembre-16 octobre 1791 édictait des peines contre l'emploi des titres de noblesse [2]. On délaissa aussi la particule, parce que, qu'il s'agît ou non d'une famille noble, qu'elle fût employée à bon droit ou à tort, elle donnait au nom une apparence d'origine foncière [3]. Mais les changements de nom sans autorisation continuèrent, et peut-être même n'y en eut-il jamais davantage : les anciens abus se reproduisirent, mais cette fois dans un sens opposé. Tandis que, sous l'ancien régime, on troquait volontiers son nom contre un nom de terre, après les décrets de 1790 et 1791 on troqua volontiers ce même nom contre un nom rappelant les idées de liberté, d'égalité, de patriotisme, etc., et qui constituât à lui seul, en quelque sorte, un certificat de civisme. Certains nobles, pour détourner l'attention et dissimuler leur noblesse, prirent des noms de roturiers [4].

D'ailleurs, ces changements de nom furent expressément permis et presque encouragés par un décret des 24-26 brumaire an II. Les formalités à remplir étaient très simples : il suffisait de manifester à cet égard sa volonté par une déclaration à la municipalité du lieu de son domicile [5].

(1) Lallier, n. 28.

(2) Lallier, n. 29 et 144.

(3) Lallier, n. 28 *in fine*. C'est ainsi que le *marquis de Lafayette* devint *Lafayette*.

(4) On peut citer, à titre d'exemple, le cas connu du baron de Pontgibaud, qui troqua son nom contre le nom de *Labrosse*, d'apparence très roturière.

(5) Lallier, n. 29. — Cpr. Planiol, I, p. 149, note 1.

Cependant l'énormité des abus fit rapporter ce décret au bout de quelques mois. Et une loi, en date du 6 fructidor an II, décida qu'aucun citoyen ne pourrait porter d'autres noms que « ceux exprimés dans son acte de naissance », et que ceux qui les auraient quittés seraient tenus de les reprendre [1].

En tant qu'elle prohibait ainsi les changements de nom, cette loi était rétroactive, mais non pas d'une façon absolue. Dans l'intervalle du 26 brumaire au 6 fructidor an II, des enfants étaient nés, à qui on avait pu donner, dans leur acte de naissance, d'autres noms que ceux qui figuraient dans l'acte de naissance de leurs parents. Et dès lors ces enfants, non seulement pouvaient, mais devaient conserver ces noms, puisqu'aucun citoyen ne pouvait prendre d'autres noms que ceux exprimés dans son acte de naissance. Et ce mal était même sans remède, puisque la loi de fructidor n'avait pas accordé au gouvernement le droit d'autoriser les changements de noms [2].

Cette loi, d'ailleurs, ne s'était pas bornée à prohiber les changements de nom : elle prohibait également l'addition de surnoms au nom patronymique. « Il est défendu, disait son article 2, d'ajouter aucun surnom à son propre nom, à moins qu'il n'ait servi jusqu'ici à distinguer les membres d'une même famille, sans rappeler les qualifications féodales et nobiliaires. » Les surnoms se trouvaient ainsi interdits pour l'avenir. Quant à ceux qui avaient été portés dans le passé, ils n'étaient autorisés qu'à deux conditions. Tout d'abord, il fallait qu'ils ne rappelassent aucune qualification nobiliaire ou féodale, ce qui entraînait l'interdiction des surnoms empruntés à la possession d'une terre noble. Il fallait ensuite qu'ils eussent servi jusqu'alors à distinguer les membres d'une même famille, auquel cas ils étaient permis, qu'ils fussent empruntés à la possession d'une terre roturière ou tirés de toute autre circonstance [3].

[1] Lallier, n. 30. — Cpr. Planiol, I, p. 149, note 1.

[2] Lallier, *loc. cit.*

[3] Lallier, n. 30. — Sur la sanction de la loi du 6 fructidor an II, cpr. Lallier, n. 144.

Quant à la particule, la loi de fructidor ne s'en occupait pas, apparemment parce que, comme on le sait, elle ne constitue pas un signe de noblesse. Dès lors elle pouvait être conservée, à la seule condition de ne pas figurer devant un nom de terre noble. En fait, pourtant, et à raison du préjugé populaire qui y voyait ce signe, elle fut à peu près universellement abandonnée. Quand on ne l'abandonna point, on l'incorpora au nom, dont l'orthographe se trouva ainsi changée, et assez fréquemment, même, en procédant de la sorte, on put conserver un nom que, sans cela, on aurait dû quitter (1).

Par la suite, deux autres dispositions législatives furent rendues sur cette matière.

L'une, la loi du 11 germinal an XI, est relative, d'abord, aux changements de noms, qu'elle confie au gouvernement le droit d'autoriser, à titre exceptionnel, et s'occupe, ensuite, des prénoms : et sur les deux points elle est toujours en vigueur (2).

L'autre est un décret du 20 juillet 1808, relatif aux israélites. Jusque-là, les israélites établis en France avaient conservé la coutume hébraïque du nom unique, correspondant à notre prénom. Le décret du 20 juillet 1808 leur prescrivit de faire choix, dans les trois mois (3), d'un nom patronymique. La plus grande latitude leur était, d'ailleurs, laissée pour ce choix, sous la réserve qu'il ne devrait porter, ni sur un nom de l'ancien testament, ni sur un nom de ville (4). En même

(1) Lallier, *loc. cit.* — Cpr. aussi Lallier, n. 181, et p. 338, note 2.

(2) Cf. *infra*, n. 294 *bis*-XXVII et XXVIII.

(3) Le décret faisait également aux israélites qui, à l'avenir, s'établiraient en France la même obligation de prendre un nom, dans le même délai de trois mois, à compter de leur établissement.

(4) Il fallait éviter en effet que, sous prétexte de prendre un nom patronymique, les israélites ne se contentassent de conserver, à titre héréditaire, l'appellation sous laquelle, jusque-là, on les avait désignés, et qui, consistant en un nom unique, emprunté à l'ancien testament, était complétée, s'il y avait lieu, par l'indication du lieu de résidence, *v. g.*, *Abraham de Lyon*. Or, sans les prescriptions du décret de 1808, Abraham de Lyon eût pu prendre et aurait probablement pris, comme nom patronymique, soit le nom d'*Abraham*, soit celui de *Lyon*, et fatalement des confusions fréquentes se seraient produites. — Au reste, le décret de 1808 paraît avoir été, en fait, peu obéi. Il y a, en France, pas mal d'israélites qui, en guise de noms, portent des noms de personnages de l'ancien testament ou des noms de villes. — Cf. Dalloz, *Rép.*, v° *Nom*, n 9.

temps qu'un nom patronymique, les israélites devaient encore choisir dans le même délai un prénom, en se conformant aux règles de la loi du 18 germinal an XI. Et ces deux choix devaient faire l'objet d'une déclaration à l'officier de l'état civil de la commune de leur domicile [1].

294 *bis*-VI. Il convient, après cet historique, de déterminer les règles qui gouvernent actuellement : 1° le nom patronymique ou de famille, 2° les prénoms, 3° les surnoms ou pseudonymes.

294 *bis*-VII. I. **Du nom patronymique ou de famille.** — La détermination du nom patronymique des personnes obéit à des règles différentes, selon qu'il s'agit d'enfants légitimes, d'enfants naturels ou d'enfants trouvés.

294 *bis*-VIII. *a*). *Enfants légitimes.* A leur naissance les enfants légitimes reçoivent, de plein droit, le nom de leur père. Aussi l'art. 57 C. civ., qui, dans son énumération des diverses énonciations d'un acte de naissance, comprend les prénoms *qui ont été donnés* à l'enfant, reste-t-il absolument muet au sujet du nom. Comme on le verra, les prénoms peuvent être arbitrairement choisis, sous certaines réserves ; le nom patronymique, lui, ne peut être choisi de la sorte : on porte nécessairement celui de son père [2].

A vrai dire, cette règle n'est, nulle part, expressément formulée, mais elle n'en est pas moins incontestable et incontestée. En effet, sans parler de l'usage, qui, sur ce point, a toujours été général et constant, n'est-il pas de principe que l'état et la condition des enfants légitimes se déterminent d'après l'état et la condition de leur père [3] ? Partant, leur nom, qui, dans une certaine mesure, révèle leur filiation, c'est-à-dire l'un des éléments de leur état, doit obéir à la

[1] Planiol, I, n. 386 ; Lallier, n. 33. — Sur le décret de 1808 et la circulaire ministérielle qui l'accompagna, en vue de donner des instructions aux préfets pour son exécution 8 sept. 1808, cf. Drumont, *France juive*, I, p. 323 s. — On peut signaler aussi, plus récemment, une loi des 23-24 mars 1882, relative aux musulmans d'Algérie, et qui les oblige à faire choix d'un nom patronymique. Cpr. Lallier, n. 33.

[2] Aubry et Rau, II, p. 263 ; Planiol, I, n. 383 ; Surville, I, n. 84-I ; Lallier, n. 34.

[3] Cpr. *infra*, n. 332, et les textes cités.

même règle. C'est ce que prouve au surplus, implicitement, l'art. 321 C. civ., car, en énumérant les circonstances constitutives de la possession d'état d'*enfant légitime*, il mentionne le fait que l'enfant a toujours porté le nom *du père* qu'il prétend avoir.

Les enfants légitimes portent donc le nom de leur père. Ils le portent toujours, sans qu'il y ait à faire, à cet égard, aucune distinction entre les enfants nés du vivant de celui-ci et les enfants posthumes, c'est-à-dire ceux qui ne sont nés qu'après sa mort.

D'autre part ils le portent à l'exclusion de tout autre nom, y compris celui de leur mère. L'influence du père, en effet, quant à l'état et à la condition des enfants légitimes, a toujours prédominé et continue à l'emporter sur celle de la mère [1].

Il en serait même ainsi, au cas où le père aurait joint, comme il faut lui en reconnaître le droit [2], le nom de sa femme à son propre nom : c'est seulement le sien qu'il leur transmettrait, non accompagné du nom de leur mère. Sans quoi on arriverait, après plusieurs générations, à des noms interminables, qui rappelleraient ceux des derniers siècles de l'empire romain [3].

294 *bis*-IX. *b*). *Enfants naturels.* Une distinction doit être faite, suivant qu'ils ont été ou non reconnus.

L'ont-ils été? Ils peuvent n'avoir été reconnus que par un seul de leurs auteurs, ou, au contraire, l'avoir été par tous deux.

S'ils n'ont été reconnus que par l'un d'eux, alors ils portent nécessairement le nom de l'homme ou de la femme qui les a reconnus [4]. Et peu importe que la reconnaissance soit contenue dans l'acte même de naissance ou qu'elle soit pos-

(1) La solution est d'autant moins douteuse que, dans l'usage, la femme mariée prend elle-même le nom de son mari. Il serait étrange que, ne gardant pas, en fait du moins, son propre nom, elle le transmît à ses enfants.

(2) Planiol, I, n. 393. — Cpr. Paris, 21 janvier 1903, S., 1904. 2. 161, D., 1904. 2. 1, note de M. Colin.

(3) Planiol, *loc. cit.*; Lallier, *loc. cit.* — Cpr. Nîmes, 15 déc. 1810, S., 11. 2. 260. — Besançon, 6 février 1866, S., 66. 2. 75. — Paris, 21 janvier 1903, S., 1904. 2. 161, D., 1904. 2. 1.

(4) Aubry et Rau, II, p. 263; Planiol, I, n. 384; Surville, I, n. 84-I; Lallier, n. 35.

térieure à la naissance : au dernier cas, l'enfant provisoirement non reconnu, et traité comme tel, quant au nom, prend celui de son auteur dès l'instant de la reconnaissance. De même, si la reconnaissance est postérieure à la naissance, il est indifférent qu'elle soit volontaire ou forcée, qu'elle émane d'un célibataire ou d'une personne mariée : l'art. 337 du Code civil reste ici sans application [1].

Mais il y a plus de difficulté lorsqu'il s'agit d'enfants naturels reconnus par leurs deux auteurs. Pour les uns, ces enfants devraient prendre le nom de leur père, lors même que la reconnaissance de la mère serait la première en date [2]. Pour d'autres, ils devraient prendre le nom de leurs deux auteurs, et joindre celui de leur mère à celui de leur père [3], et cette opinion peut paraître préférable. Le nom patronymique, en effet, n'est-il pas un nom *de famille,* et ne suppose-t-il pas une famille? Or, en l'espèce, il n'y en a pas. Comment donc l'enfant prendrait-il le nom d'une famille qui n'existe pas, c'est-à-dire celui de son père? Et comme, d'autre part, il appartient à sa mère autant qu'à son père, il semble logique qu'il prenne, à la fois, le nom de l'une et de l'autre.

Il est certain, d'ailleurs, que, si l'enfant venait à être légitimé par le mariage de son père et de sa mère, il prendrait le nom de son père, à l'exclusion de celui de sa mère, quand même cette dernière l'aurait reconnu avant son autre auteur. La légitimation, en effet, met l'enfant légitimé dans la même situation que s'il était légitime (art. 333 C. civ.). Elle lui donne une famille, et il est dès lors tout naturel qu'il en prenne le nom.

Quant aux enfants naturels non reconnus, puisque leurs père et mère restent ignorés, il est impossible de leur en donner le nom, et force est de reconnaître que leur nom peut être arbitrairement choisi [4].

Mais qui le choisira? Ce choix nous paraît devoir appar-

(1) Lallier, *loc. cit.*

(2) Demolombe, *Paternité et filiation*, n. 543; Planiol, I, n. 384, et 2e éd. p. 162, note 1; Surville, *loc. cit.* — *Contra,* pour la nationalité, art. 8 civ.

(3) Laurent, IV, n. 124; Lallier, n. 35. — Cf. dans Lallier, p. 48, note 2, l'opinion particulière de M. Bouvy, qui fait les tribunaux juges de la question, pour des motifs d'opportunité.

(4) Cf. circ. du garde des sceaux du 31 déc. 1905, *Lois nouv.,* 1906, III, p. 148.

tenir à la personne qui fait la déclaration de naissance. Si donc cette personne indiquait le nom de la mère, cette indication constituerait un choix tacite, et l'enfant porterait le nom de la femme désignée, sauf le droit pour elle de demander et d'obtenir qu'il lui fût interdit de le porter (1).

Que si le déclarant ne donne pas de nom à l'enfant dont il déclare la naissance, le choix de ce nom doit appartenir à l'officier de l'état civil, qui doit lui donner des prénoms et un nom patronymique. Mais il doit s'abstenir de lui donner, soit le nom d'une famille existante, soit une dénomination qui, par son caractère bizarre ou ridicule, serait de nature à rappeler l'irrégularité de l'origine de l'enfant (2).

294 *bis*-x. Les enfants adultérins ou incestueux occupent une place à part parmi les enfants naturels. Ils ne peuvent être, en principe, ni légitimés (3), ni même reconnus (4), et la loi leur interdit, non seulement la recherche de leur père, mais même celle de leur mère (5). Ce n'est donc que dans des cas exceptionnels et très rares que, par la force des choses, par voie de conséquence indirecte, leur filiation se trouve légalement établie (6).

Dans ces cas exceptionnels, du moins, ils prennent très certainement le nom, soit de celui de leurs auteurs vis-à-vis de qui leur filiation se trouve établie (7), soit, si elle est établie, tout à la fois, vis-à-vis des deux, un nom formé par la réunion des noms de leurs deux parents (8).

Mais, quand ces enfants se trouvent dans la situation nor-

(1) Cpr. Lettre du garde des sceaux au procureur général près la cour de Paris, *Lois nouvelles*, 1895, III, p. 139. — Trib. Argentan, 4 juil. 1894, S., 1900. 2. 81, et note. — Trib. Saint-Sever, 10 août 1899, S., 1900. 2. 81, note de M. Perreau. — Cpr. cep. Lallier, n. 35 et 176.

(2) Lallier, n. 35; Circ. de 1905, précitée. — Cpr. Trib. Pontivy, 5 mars 1902, S., 1903. 2. 217, D., 1903. 2. 414. — L'usage était autrefois de donner aux enfants trouvés ou nés de parents inconnus des noms rappelant leur origine. Lallier, p. 49, note 1.

(3) Art. 331 civ.

(4) Art. 335 civ.

(5) Art. 342 civ.

(6) Cf. le *Tr. des pers.* de Baudry-Lacanterie et Chéneaux, IV, n. 692.

(7) Cpr. Paris, 9 mai 1894, D., 95. 2. 272. Cf. aussi Lallier, n. 36

(8) *Supra*, n. 294 *bis*-IX.

male des enfants adultérins ou incestueux, c'est-à-dire sans filiation constatée, on doit les traiter, quant au nom, comme des enfants naturels ordinaires non reconnus, et ils ne portent, par suite, ni le nom de leur père, ni celui de leur mère ([1]), mais bien seulement celui qui leur a été donné au moment de la déclaration de leur naissance, soit par le déclarant, soit par l'officier de l'état civil ([2]).

Comme d'ailleurs, à la différence des enfants incestueux, qui ont nécessairement cette qualité vis-à-vis de leurs deux auteurs ([3]), les enfants adultérins peuvent ne l'avoir que vis-à-vis, soit de leur père, soit de leur mère, rien n'empêche qu'ils soient reconnus par celui de leurs auteurs vis-à-vis de qui ils ne sont pas adultérins, et, s'ils le sont, qu'ils portent le nom de ce dernier ([4]).

294 *bis*-XI. *c*). *Enfants trouvés.* Les règles relatives à la détermination de leur nom sont posées par l'art. 58 du Code civil et par une circulaire du garde des sceaux, en date du 30 juin 1812.

Le nom de ces enfants est choisi, soit par l'officier de l'état civil qui dresse le procès-verbal de découverte dont il est question à l'art. 58 du Code civil, soit par l'administration de l'hospice où ils sont placés. Il ne doit, ni être choisi parmi ceux des familles existantes, ni rappeler, par sa singularité, l'origine de ceux à qui il est donné ([5]). Il doit être enfin indiqué dans le procès-verbal de découverte.

D'ailleurs, le nom donné aux enfants trouvés ne saurait être que provisoire, et devrait être, si leur filiation venait à être établie, remplacé par un autre, conformément aux règles qui viennent d'être indiquées ([6]).

([1]) Lallier, p. 51, note 1. — Paris, 22 mars 1828, S., 29. 2. 75. — Douai, 16 ou 26 déc. 1835, S., 37. 2. 188, Dalloz, *Rép.*, v° *Nom*, n. 15.

([2]) *Supra*, n. 294 *bis*-IX.

([3]) Peu importerait, d'ailleurs, que l'un des deux auteurs fût de bonne foi et ignorât sa parenté ou son alliance avec l'autre. En pareil cas, l'enfant né de leurs rapports ne serait pas moins incestueux, à moins que, né d'un mariage plus tard annulé, il ne dût être considéré comme légitime, par application de la théorie du mariage putatif. Art. 201 et 202 C. civ.

([4]) Lallier, n. 36.

([5]) Planiol, I, n. 385; Lallier, n. 35. — Cpr. Surville, I, n. 84-I.

([6]) Planiol, *loc. cit.*

294 *bis*-XII. Déterminé de la sorte, le nom patronymique est immuable. Il ne peut, ni se perdre par le non usage, si long soit-il, ni se modifier au gré de ceux qui le portent.

294 *bis*-XIII. Il ne peut pas d'abord se perdre par le non-usage, si long qu'on le suppose. Comme l'état des personnes auquel il se rattache, il échappe à toute prescription (1).

A toute époque donc, une personne peut reprendre le nom originairement porté par ses ancêtres, nonobstant le non-usage de ce nom ou son altération pendant plusieurs générations (2). C'est là, du reste, un droit qui appartient aux étrangers comme aux Français (3). Il appartient également aux femmes mariées, encore qu'elles ne portent plus, en fait, leur nom de famille (4). Ce droit, enfin, emporte celui de faire rectifier les actes de l'état civil où le nom repris ne figure pas ou ne figure qu'inexactement (5).

Le droit de reprendre le nom originaire existe quel que soit ce nom. Il peut être exercé, notamment, en vue de faire

(1) Cf. le *Tr. de la prescrip.*, de MM. Baudry-Lacantinerie et Tissier, 3e éd., 1905, n. 134 et 159. — Cpr. Planiol, I, n. 402; Lallier, n. 179 s. — Civ. rej., 10 mars 1862, S., 62. 1. 593, D., 62. 1. 219. — Poitiers, 9 juillet 1866, S., 66. 2. 344, D., 66. 2. 191. — Req. rej., 15 mai 1867, S., 67. 1. 241, D., 67. 1. 241. — Paris, 30 mai 1879, D., 79. 2. 137. — Paris, 29 juillet 1879, D., 80. 2. 102. — Req. rej., 2 fév. 1881, S., 82. 1. 115, D., 81. 1. 339. — Req. rej., 17 nov. 1891, D., 93. 1. 244. — Toulouse, 15 mars 1893, D., 93. 2. 332. — Lyon, 29 juill. 1898, D., 99. 2. 61. La plupart des arrêts qui viennent d'être cités posent le principe de l'imprescriptibilité du nom, sans distinction entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive. D'ailleurs, étant donné que la jurisprudence admet un droit de propriété sur le nom (Cf. *infra*, n. 294 *bis*-XXIII), l'impossibilité d'usucaper un nom entraîne forcément l'impossibilité de le perdre par prescription extinctive : la propriété, en effet, est, de sa nature, perpétuelle et ne peut s'éteindre que par une usucapion contraire ; elle ne peut se perdre par le seul non-usage.

(2) Cpr. Aubry et Rau, II, p. 266; Planiol, *loc. cit.*; Lallier, *loc. cit.* — Toulouse, 15 mars 1893, S., 93. 2. 281, note de M. Lallier, D., 93. 2. 332. — Trib. Orange, 21 avril 1893, S., 93. 2. 281, note de M. Lallier. — Trib. Perpignan, 1er août 1894, D., 1902. 1. 261. — Limoges, 22 juill. 1895, S., 97. 2. 278, D., 97. 2. 163. — Trib. Mayenne, 25 nov. 1896, D., 97. 2. 156. — Lyon, 29 juill. 1898, D., 99. 2. 61. — Cpr. cep. Aix, 25 mai 1859, D., 59. 2. 93. En l'espèce, l'abandon du nom de terre était antérieur à la Révolution.

(3) Aubry et Rau, II, p. 266. — Cpr. Paris, 28 juin 1859, sous Civ. rej., 7 janvier 1862, S., 62. 1. 25.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Cpr. Civ. rej., 15 juin 1863, S., 63. 1. 281.

(5) Lallier, n. 172 s. — Sur la détermination du tribunal compétent pour l'action en rectification, cf. Lallier, p. 312, note 2.

rétablir la particule *de*, qui, originairement, précédait le nom, ou de la séparer de ce dernier, auquel, dans la suite, elle s'était soudée. Cette particule, en effet, fait partie du nom, et on sait qu'elle n'est nullement une qualification nobiliaire ou un signe de noblesse (1).

Il est également admis qu'on peut reprendre le nom d'une terre, soit roturière, soit même noble, s'il a été porté, avant la Révolution, par les ancêtres dont on descend. Mais ce nom de terre ne se substitue pas au nom et ne peut avoir que la valeur d'un surnom, car, dans notre ancien droit, la jurisprudence du Parlement de Paris ne lui reconnaissait que cette valeur (2). C'est donc lorsqu'on s'occupera des surnoms qu'il y aura lieu d'en reparler.

294 *bis*-XIV. Le nom ne peut; en second lieu, être modifié par les personnes à qui il appartient. Tout changement de nom est prohibé, en dehors des cas exceptionnels qui seront ultérieurement déterminés (3).

Il suit donc de là, notamment, que l'on ne peut faire précéder son nom de la particule *de*, si cette particule n'a pas été réellement portée par les ancêtres dont on descend. *A fortiori*, ne peut-on substituer au nom que l'on porte le nom d'une terre que l'on possède, pas plus qu'on ne peut, comme on le verra (4), l'y ajouter (5).

Aucune possession, si longue fût-elle, ne saurait légitimer les changements irréguliers de noms. Le nom ne peut pas plus s'acquérir qu'il ne peut se perdre par prescription (6).

(1) Toulouse, 15 mars 1893, et Trib. Orange, 21 avril 1893, précités. — Cpr. Planiol, I, n. 415; Lallier, n. 149 et 181.

(2) *Supra*, n. 294 *bis*-IV. — Cpr. Planiol, I, p. 400. Au reste, ce surnom a une valeur juridique et on peut dire que, dans une certaine mesure, il fait partie du nom. — Cf. *infra*, n. 294 *bis*-XXIX.

(3) *Infra*, n. 294 *bis*-XXVI et XXVII. — Cpr. Planiol, I, n. 387.

(4) *Infra*, n. 294 *bis*-XXIX.

(5) Cpr. Surville, I, n. 84-I.

(6) Cf. le *Traité de la prescrip.*, précité, n. 134 et 159. — Cpr. Aubry et Rau, II, p. 264, note 3; Troplong, *Prescrip.*, I, n. 248; Planiol, I, n. 401; Surville, I, n. 84-I; Lallier, n. 152, 157, 179 s. — Douai, 16 (ou 26) déc. 1835, S., 37. 2. 188, D., *Rép.*, v° *Nom*, n. 15. — Trib. Seine, 17 janv. 1861, Paris, 4 déc. 1863, sous Req. rej., 14 mars 1865, S., 66. 1. 435. — Paris, 29 juill. 1879, D., 80. 2. 102. — Cpr. cep. Riom, 2 janv. 1865, D., 65. 2. 17. — Req. rej., 15 mai 1867, D., 67.

294 *bis*-xv. La règle de l'immutabilité des noms patronymiques est sanctionnée :

1° Par les pénalités qu'encourent ceux qui, dans le but de s'attribuer une distinction honorifique, prennent publiquement un nom auquel ils n'ont pas droit;

2° Par le droit que l'on reconnaît au ministère public de poursuivre d'office la rectification des actes dans lesquels ce nom a été pris;

3° Par l'action en suppression de nom et l'action en dommages-intérêts qui appartiennent, le cas échéant, aux tiers dont on a pris indûment le nom.

294 *bis*-xvi. Elle est sanctionnée d'abord par des pénalités.

La loi du 6 fructidor an II, qui prohibait les changements de nom et, sauf quelques exceptions, l'emploi des surnoms, prononçait contre les contrevenants la peine de six mois d'emprisonnement, une amende égale au quart de leurs revenus et, en cas de récidive, la dégradation civique (1).

Cette loi demeura en vigueur jusqu'à la chute du premier Empire : un arrêté du Directoire du 19 nivôse an VI et l'art. 7 d'un décret du 18 août 1811 s'y réfèrent plus ou moins explicitement (2).

Sous la Restauration, au contraire, la jurisprudence y vit une loi destinée à empêcher les émigrés de rentrer en France sous des noms d'emprunt, et la considéra comme tacitement abrogée par la disparition de l'état de choses qui, d'après elle, l'avait motivée (3). En tout cas il est certain qu'à partir de cette époque, on cessa de poursuivre les personnes qui modifiaient leur nom (4).

La loi de fructidor se trouvait donc, sinon abrogée, du moins en désuétude, quand fut votée, en 1858, une modification de l'art. 259 du C. pén., destinée à atteindre et à répri-

1. 241. — Trib. Seine, 26 nov. 1869, D., 70. 3. 25. — Paris, 30 mars 1879, D., 79. 2. 137. — Angers, 29 juin 1896, D., 98. 2. 217. — Req. rej., 10 nov. 1897, D., 98. 1. 242.

(1) Lallier, n. 144.

(2) Lallier, *loc. cit.*

(3) Lyon, 30 août 1827, S., 27. 2. 214. — Sur l'exactitude contestable de ces vues, cpr. Lallier, *loc. cit.*

(4) Lallier, n. 146.

mer, sous certaines conditions, les changements de nom [1]. Aux termes donc de cet article, la sanction consiste en une amende de 500 à 10.000 francs. De plus, le jugement de condamnation doit être mentionné en marge des actes dans lesquels le nom indû a été pris, et l'insertion en peut être ordonnée, aux frais du condamné, dans les journaux désignés par le tribunal.

Au surplus, l'art. 259 du Code pénal est applicable, quel que soit le nom qui a été pris indûment, et quand même il aurait été forgé de toutes pièces et n'appartiendrait à personne [2].

Mais son application est rigoureusement subordonnée à trois conditions [3].

1° Il faut, d'abord, que le changement de nom ait eu lieu en vue de s'attribuer une distinction honorifique. Ce sont les changements de nom dictés par la vanité qu'on a voulu réprimer : ils sont, en effet, les plus fréquents, et, en réalité, les seuls qui soient vraiment à redouter [4].

La loi de 1858 atteint, par suite, l'emploi de la particule *de*, soit seule, soit combinée avec l'article *le, la, les*. Ce n'est pas que la particule soit un signe de noblesse et constitue une distinction honorifique; mais, comme il existe, même dans les milieux relativement instruits, un préjugé qui lui donne cette signification, on peut dire que, si on la prend, on le fait dans l'intention de s'attribuer une distinction honorifique, ce qui entraîne l'application de l'art. 259 [5].

A cet emploi de la particule il faut assimiler, à cet égard, l'addition au nom d'un surnom précédé de la particule [6],

(1) Sur les travaux préparatoires de l'art. 259 C. pén. (texte de 1858) et les diverses modifications du projet primitif, cf. Lallier, n. 145 et 146.

(2) Cpr. Lallier, n. 160.

(3) Lallier, n. 147 et 149. — Cpr. Faustin-Hélie, *Droit pénal*, III, p. 262 s.; Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 2e édit., IV, n. 1407 s.

(4) Cpr. Lallier, n. 149, et ses citations du rapport de M. du Miral. — Cpr. Planiol, I, n. 401.

(5) Au contraire, l'emploi indû de l'article *le, la, les*, devant le nom, sans addition de la particule, ne tomberait pas sous l'application de l'art. 259 C. pén., le monde n'y voyant pas un signe de noblesse. — Lallier, n. 149.

(6) Lallier, n. 149. — Cpr. Crim. rej., 28 sept. 1865, S., 66. 1. 230.

et le fait d'écrire en deux mots des noms qui commencent par la syllabe *de* ou une syllabe équivalente, tels Delisle, Dupont, Dubois, Dupuy, Dubourg, Dumont, Delaporte, Desjardins, etc. (1).

Mais le fait de prendre accidentellement un nom de lieu, pour l'ajouter, comme surnom, au nom patronymique, en vue de se mieux distinguer d'un homonyme, ne tombe pas sous l'application de l'art. 259 (2). Il en est de même du fait de prendre comme pseudonyme, dans une œuvre littéraire ou artistique, un nom précédé de la particule (3).

2° Il faut ensuite qu'il s'agisse réellement d'un nom indû, pris sans droit.

Or un nom n'est indû et on ne le prend sans droit que s'il est différent de celui qui figure à l'acte de naissance. On peut, en conséquence, faire précéder son nom de la particule, s'il en est précédé dans cet acte. On le peut, quand même la particule aurait été usurpée. Jusqu'à preuve du contraire, en effet, et sauf rectification possible, les énonciations de l'acte de naissance doivent, à cet égard, être présumées exactes (4).

Dès, au contraire, que le nom qu'on prend est différent de celui qui figure à l'acte de naissance, l'art. 259 C. pén. devient, en principe, applicable. En particulier, nul n'a le droit de se donner une particule qui ne s'y trouve pas. Il en est ainsi des nobles eux-mêmes, car l'absence de particule ne prouve pas plus l'absence de noblesse que cette particule ne prouve la noblesse (5).

Pourtant, une personne pourrait prendre la particule, sans s'exposer à aucune pénalité, si, quoiqu'elle ne figurât pas devant son nom dans son acte de naissance, elle avait été

(1) Lallier, n. 149. — Cpr. Paris, 16 janv. 1862, S., 63. 2. 45.

(2) Lallier, n. 149.

(3) Lallier, *loc. cit.*, *in fine*.

(4) Planiol, I, n. 387; Lallier, p. 272, note 1. — Cpr. *infra*, t. II, n. 845. Il s'agit, en effet, d'un nom dont la loi prescrit la mention dans l'acte de naissance (art. 57 C. civ.), et qui doit être déclaré par conséquent par la personne qui fait la déclaration. Or les déclarations faites à l'état civil qui sont de celles qu'on doit faire, font foi jusqu'à preuve contraire.

(5) Lallier, n. 149. — Crim. rej., 5 janv. 1861, S., 61. 1. 202. — Cpr. Planiol, I, n. 415. Mais cpr. de Sémainville, p. 517 s.

effectivement et légitimement portée par ses ancêtres. La particule, en effet, fait partie du nom, qui est imprescriptible. Le droit de la reprendre, à toute époque, doit donc être reconnu à tous les membres de la famille à laquelle elle appartient [1].

3° Il faut enfin que le nom indû ait été pris publiquement. C'est là, avant tout, évidemment, une question de fait. Un nom est pris publiquement, s'il est pris dans un acte, sans distinction, du reste, semble-t-il, entre les actes publics et les actes sous signature privée. De même, il faut considérer comme tel le nom qui est pris dans une affiche, dans une profession de foi électorale, dans un prospectus commercial, etc... Au contraire, la condition n'est pas remplie lorsque le nom n'est pris que dans des lettres missives, dans des billets de faire-part ou sur des cartes de visite, c'est-à-dire dans les actes dépourvus de toute valeur juridique [2].

294 *bis*-XVII. L'art. 259 C. pén. ne vise que les changements de nom permanents, ceux qui constituent un but pour les personnes à qui ils sont imputables.

Il y a des changements de nom qui ne sont qu'accidentels et qui ne constituent qu'un simple moyen de parvenir à une fin déterminée, en général délictueuse. Ceux-là donnent lieu, pour la plupart, à l'application de certaines peines, prononcées par des textes spéciaux. On peut citer entre autres :

1° Les art. 145 et suivants C. pén., qui punissent le crime de faux, lequel peut résulter de l'apposition d'une fausse signature, c'est-à-dire de l'emploi d'un faux nom.

2° L'art. 405 C. pén., qui punit le délit d'escroquerie, lequel peut se commettre à l'aide d'un faux nom.

3° Les art. 31 et 33 du décret organique du 2 février 1852, qui punissent le fait de prendre un faux nom pour arriver à se faire inscrire sur une liste électorale ou à voter.

4° L'art. 11 de la loi du 5 août 1899 sur le casier judiciaire, qui punit le fait de déterminer l'inscription d'une condamnation au casier judiciaire d'un tiers, en prenant le nom de ce

[1] Lallier, n. 149. — Cpr. *supra*, n. 294 *bis*-XIII.

[2] Lallier, n. 147, et p. 266, note 1. — Cpr. Dijon, 13 juillet 1881, S., 84. 2. 3.

tiers, comme aussi celui de prendre le nom d'un tiers, pour arriver à se faire délivrer indûment un bulletin n° 3 de son casier judiciaire.

294 *bis* XVIII. Conformément au droit commun, c'est au ministère public qu'appartient, sans préjudice du droit des personnes lésées (1), l'action publique tendant à la répression pénale des changements de nom qui présentent un caractère délictueux.

Mais cette action n'est pas la seule qui lui appartienne : on lui reconnaît encore le droit de demander, d'office, la rectification de tous les actes dans lesquels a été pris un nom auquel celui qui le prenait n'avait pas droit. C'est la seconde des trois sanctions de la règle de l'immutabilité du nom patronymique.

En effet le second alinéa de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 donne au ministère public la mission et, par suite, le droit de surveiller l'exécution des lois, des arrêts et des jugements et d'en « poursuivre d'office l'exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». Et, par application de ce texte, ainsi qu'on le verra (2), la plupart des auteurs et, après quelques hésitations, la jurisprudence, ont reconnu au ministère public le droit d'agir d'office en rectification d'un acte de l'état civil, lorsque la rectification intéresse l'ordre public.

Or il n'est guère douteux que le rétablissement du véritable nom d'un individu intéresse l'ordre public (3). Il y avait eu quelque contestation sur ce point avant la modification apportée à l'art. 259 C. pén. par la loi de 1858 (4); mais comment en douter depuis cette loi (5), qui considère comme un délit les changements de nom indus (6)? Si les faits délictueux n'étaient pas nécessairement contraires à l'ordre

(1) Lallier, p. 276, note 3. — Cpr. Dijon, 13 juillet 1881, S., 84. 2. 3.

(2) *Infra*, t. II, n. 949-3°.

(3) *Supra*, n. 294 *bis*-IV.

(4) Cpr. Lallier, n. 162. — Cpr. cep. Bourges, 2 fév. 1820, D., *Rép.*, v° *Actes de l'état civil*, n. 437. — Paris, 26 juin 1824, sous Civ. cass., 3 avril 1826, S., 26. 1. 357.

(5) *Supra*, n. 294 *bis*-XVI.

(6) Cpr. Metz, 31 juill. 1860, D., 60. 2. 137.

public, on ne s'expliquerait guère qu'ils fussent l'objet d'une sanction pénale. Et, dès lors, la disparition des conséquences qu'ils ont entraînées et le rétablissement d'un état de choses régulier ne peuvent pas ne pas intéresser l'ordre public [1]. Donc, si les conditions d'application de l'art. 259 se trouvent réunies et que le nom indû ait été pris dans un acte de l'état civil, la rectification de cet acte peut être poursuivie d'office par le ministère public [2].

Mais le nom auquel on n'avait pas droit peut avoir été pris ailleurs que dans un acte de l'état civil, par exemple dans un acte notarié ou dans tout autre acte authentique, contrat d'adoption, exploit d'huissier, etc. Même alors, il ne faut pas hésiter à admettre l'action du ministère public, tendant à la rectification de cet acte. Le délit est le même dans les deux cas, et il n'importe pas moins dans le dernier que dans le premier d'en faire disparaître, dans la mesure du possible, les résultats [3].

En revanche, il peut sembler qu'en aucun cas l'action du ministère public ne soit recevable que si les conditions d'application de l'art. 259 se trouvent réunies. La loi ayant jugé toute répression pénale inutile lorsque le nom indû n'a pas été pris publiquement ou qu'il ne l'a pas été en vue de s'attribuer une distinction honorifique, il peut paraître qu'on ne

(1) Lallier, n. 162.

(2) Cf. *infra*, t. II, n. 949-3°. — Aubry et Rau, I, p. 318; Garsonnet, *Tr. théor. et prat. de procédure*, 2e éd., I, § 199, p. 341 s.; Lallier, n. 162 et 163. — Montpellier, 10 mai 1859 (sol. impl.), S., 60. 2. 369. — Colmar, 29 déc. 1859, D., 60. 2. 171. — Colmar, 15 mai 1860 (sol. impl.), S., 60. 2. 369. — Agen, 18 juin 1860, S., 60. 2. 369. — Metz, 31 juill. 1860, D., 60. 2. 137. — Angers, 5 déc. 1860, D., 61. 2. 46. — Paris, 22 fév. 1861, S., 61. 2. 202. — Rouen, 18 mars 1861, et Nîmes, 6 mai 1861, S., 61. 2. 609. — Civ. rej., 22 janv. 1862 (2 arrêts), D., 62. 1. 5, rapp. de M. Laborie. — Civ. cass., 24 nov. 1862, D., 62. 1. 477. — Orléans, 1er août 1863, D., 64. 2. 15. — Besançon, 6 fév. 1866, D., 66. 2. 14. — Req. rej., 25 mars 1867, D., 67. 1. 300. — Req. rej., 25 mai 1869, S., 69. 1. 308. — Civ. cass. (2 arrêts), 24 déc. 1901, S., 1902. 1. 353. — Trib. Château-Chinon, 29 juin 1900, sous Bourges, 30 janv. 1901, S., 1904. 2. 27. — *Contra :* Colmar, 6 mars 1860, D., 60. 2. 169. — Dijon, 11 mai 1860, S., 60. 2. 369, D., 60. 2. 144. — Douai, 18 août 1860, D., 60. 2. 215. — Bordeaux, 28 août 1860, D., 60. 2. 213. — Req. rej., 21 nov. 1860, D., 60. 1. 473, rapp. de M. d'Ubexi. — Amiens, 11 déc. 1860, D., 61. 2. 47. — Req. rej., 19 déc. 1860, D., 61. 1. 87.

(3) M. Lallier, n. 163, va même jusqu'à admettre, pour le ministère public, le droit de faire disparaître le nom indû des affiches, enseignes, etc., où il figurerait.

doit pas considérer alors l'ordre public comme intéressé au rétablissement du vrai nom, et que le ministère public est, dès lors, dépourvu d'action, puisque, d'après la loi de 1810 [1], son droit d'action n'existe que lorsque l'ordre public est en jeu [2]. Mais cette solution pourrait être sérieusement critiquée, le caractère d'ordre public d'une disposition légale étant absolument indépendant de la nature des sanctions qui y sont attachées.

Au reste, dans la première opinion, on n'entend pas dire qu'il soit indispensable, pour la recevabilité de l'action du ministère public, que la personne qui s'est donné un nom indû ait été condamnée, ni même poursuivie, au criminel. A supposer que cette recevabilité exige que les conditions d'application de l'art. 259 du Code pénal soient réunies, elle n'exige rien de plus, et, en particulier, que ce texte ait été, en fait, appliqué.

Ainsi donc, ce n'est pas seulement à titre d'accessoire de la condamnation pénale prononcée sur ses réquisitions que le ministère public peut demander la rectification des actes dans lesquels a été pris un nom auquel on n'avait pas droit [3]. Il le peut encore quoique toute condamnation soit impossible, à raison, soit d'une amnistie, soit de la prescription acquise, soit de la bonne foi du prévenu [4]. Il le peut même sans poursuivre la condamnation, alors qu'elle serait possible. La rectification dont il s'agit n'est pas une peine, mais une simple mesure d'ordre public : le droit de la requérir en elle-même ne saurait donc être contesté.

L'action civile en rectification des actes qui contiennent un nom indû peut être intentée par voie principale : le ministère public peut directement saisir les tribunaux de sa demande. Toutefois il ne procède pas, en général, de cette manière.

(1) On peut dire encore que, la loi de 1810, en tant qu'elle donne le droit d'action au ministère public, ayant été une innovation, l'interprétation restrictive paraît s'imposer. — Cpr. Garsonnet, *op. cit.*, I, § 196, p. 329 s.

(2) Lallier, n. 163. — *Contra :* Garsonnet, *op. cit.*, I, § 199 *in fine*, p. 343 s.

(3) La rectification paraît être alors, d'après l'art. 259 C. pén., l'accessoire obligé de la condamnation. En requérant la condamnation, le ministère public requiert tacitement la rectification.

(4) Lallier, n. 162.

Son action est le plus souvent incidente : elle se produit au cours d'une instance en suppression de nom, intentée par le possesseur d'un nom contre l'usurpateur de ce nom. Par exemple, s'il résulte des débats qu'aucune des deux parties en cause n'a droit au nom qui en fait l'objet, le ministère public prend des réquisitions tendant à ce que le tribunal fasse défense aux deux parties de porter ce nom à l'avenir et ordonne la rectification des divers actes où il a été pris indûment (1).

Cette intervention incidente du ministère public ne peut, du reste, se produire légalement que dans une instance en suppression de nom (2). On se trouve ainsi amené à parler de cette instance, dont la possibilité constitue la troisième sanction du principe de l'immutabilité des noms.

294 *bis*-XIX. L'action en suppression de nom est celle par laquelle le légitime possesseur d'un nom en poursuit, au civil, les usurpateurs (3).

Dans cette action, le demandeur conclut à ce qu'il soit fait défense au défendeur de continuer à porter le nom usurpé et à ce que cette défense soit sanctionnée par une astreinte, c'est-à-dire par une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts à raison de chaque infraction constatée, sans quoi cette défense risquerait de demeurer illusoire (4).

L'action en suppression de nom se complique d'une action en rectification, lorsque le nom usurpé l'a été dans un acte notarié ou dans un acte de l'état civil. L'intérêt qui motive la première motive suffisamment la seconde. D'ailleurs, la rectification n'est ici qu'un incident, un corollaire de l'action en suppression de nom, et il ne saurait être question d'exiger la procédure spéciale à laquelle la loi soumet les demandes principales en rectification d'actes de l'état civil (5).

(1) Lallier, n. 157 et 165. — Cpr. cep. Civ. cass., 3 avril 1826, S., 26. 1. 357.

(2) Lallier, n. 165. — Colmar, 6 mars 1860, D., 60. 2. 169. — Cpr. Civ. cass., 6 avril 1830, S., 30. 1. 122.

(3) Nous disons *au civil*, parce qu'il est incontestable que le légitime possesseur d'un nom a le droit, lorsque l'usurpation constitue un crime ou un délit, d'en poursuivre les usurpateurs au criminel dans les termes du droit commun.

(4) Lallier, n. 157.

(5) Lallier, p. 281, note 2.

Trois conditions sont requises pour l'exercice de l'action en suppression de nom. Il faut : 1° être le légitime possesseur du nom réclamé ; 2° établir que ce nom a été usurpé ; 3° justifier enfin, mais cette condition est contestée, d'un préjudice subi par suite de cette usurpation.

294 *bis*-xx. La première de ces trois conditions va de soi : il est évident qu'on ne peut se plaindre de l'usurpation d'un nom que si on en est soi-même le légitime possesseur (1).

La preuve qu'on est soi-même en droit de le porter est relativement facile à administrer, lorsque ce nom a été pris en vertu d'une concession du Chef de l'Etat (2). Il suffit alors de représenter l'acte de concession (3), et d'établir que l'on se rattache par filiation au bénéficiaire de cet acte, cette dernière preuve devant se faire conformément aux règles prescrites par les art. 312 et suiv. du Code civil (4).

De même, la preuve du droit au nom n'est pas plus difficile quand ce nom a été imposé, à une époque récente, à un enfant trouvé dont on descend : il suffit, après avoir établi sa filiation, de représenter l'acte qui constate l'imposition du nom.

Dans tous les autres cas, on admet communément que le droit au nom se prouve par la possession immémoriale de ce nom. Si l'on établit que les ancêtres dont on descend l'ont toujours porté, on établit, par là même, que l'on a le droit de le porter également. La possession immémoriale, qui est impuissante à fonder le droit au nom (5), fait présumer ce droit et en constitue, la plupart du temps, la seule preuve possible (6).

(1) Lallier, n. 154, et p. 277, note 1. — Trib. Seine, 2 mars 1860, et Paris, 10 déc. 1861, cités par Lallier, p. 277, note 1. — Note de M. Appert, S., 99. 1. 137.

(2) *Infra*, n. 294 *bis*-xxvii.

(3) Au reste, il ne suffit pas d'avoir sollicité l'autorisation de porter un nom pour prétendre interdire à un autre de le porter : il faut avoir effectivement obtenu cette autorisation. Lallier, n. 154. — Req. rej , 20 avril 1868, S., 68. 1. 194.

(4) Cpr. Lallier, n. 182.

(5) *Supra*, n. 294 *bis*-xiv.

(6) Aubry et Rau, II, p. 264 ; Planiol, I, n. 402 ; Surville, I, p. 41, note 1 ; Lallier, n. 179 et 182. — Civ. rej., 10 mars 1862, S., 62. 1. 593. — Req. rej., 5 janv. 1863, S., 63. 1. 191. — Riom, 9 janv. 1865, S., 65. 2. 7. — Paris, 4 déc. 1863, et Req. rej., 14 mars 1865, S., 66. 1. 435. — Req. rej., 15 mai 1867, S., 67. 1. 241. — Req.

Quant aux caractères de cette possession, ils sont souverainement appréciés par le juge [1]. Mais elle doit nécessairement en présenter certains sur lesquels tout le monde est d'accord.

C'est ainsi que le juge ne doit tenir compte que de la possession du nom par les ancêtres directs du demandeur. Les faits de possession émanés de simples collatéraux ne sauraient être pris en considération [2].

C'est ainsi encore qu'il doit s'agir d'une possession certaine et indubitable, établie par des actes publics [3], et, en particulier, par la succession des actes de naissance des divers ancêtres du demandeur et du demandeur lui-même [4]. Quant aux actes privés, qu'ils émanent du demandeur ou de ses ancêtres, ils paraissent devoir être, en principe, écartés. Nul ne peut, en effet, se créer un titre à soi-même. De plus, le défaut d'authenticité de ces actes et la facilité particulière d'y prendre des noms indus les rendent, au plus haut point, suspects [5]. Il y a cependant une exception à faire en ce qui les concerne : vu l'interprétation donnée par le parlement de

rej., 25 mai 1869, S., 69. 1. 308. — Trib. Seine, 26 nov. 1869, *Ann. noblesse*, 1870, p. 389. — Trib. Seine, 19 juin 1878, *Ann. noblesse*, 1879, p. 346. — Paris, 30 mai 1879, *Ann. noblesse*, 1880, p. 375. — Req. rej., 17 nov. 1891, S., 93. 1. 25, note de M. Lallier, D., 93. 1. 244. — Trib. Seine, 10 août 1897, S., 1902. 2. 15. — Req. rej., 10 nov. 1897, S., 99. 1. 337, note de M. Appert, D., 98. 1. 242. — Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52. — Paris, 16 mai 1900, S., 1902. 2. 15, D., 1902. 2. 174. — Cpr. Berlin, *De la chambre du Conseil*, v° *Changement et addition de nom*, I, p. 220 s. — Cpr. cep. Troplong, *Prescription*, n. 248. — Cf. Perreau, *Rev. trim. de dr. civ*, 1905, p. 65.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*

(2) Angers, 12 août 1901, S., 1904. 2. 29, D., 1902. 2. 210. — Cpr. Bourges, 30 janv. 1901, S., 1904. 2. 27, D., 1903. 2. 325.

(3) Par actes publics on entend, non seulement les actes de naissance et les autres actes de l'état civil, mais encore les actes qui, dans l'ancien droit, étaient tenus par les curés et desservants pour l'administration du baptême et des autres sacrements. Il faut aussi admettre que l'on peut tenir compte, pour établir la possession du nom, de tous autres actes publics, actes notariés et jugements. — Cpr. Lallier, n. 182. — Cpr. cep. Bordeaux, 22 août 1859, S., 60. 2. 33, et Req. rej., 5 janv. 1863, S., 63. 1. 191.

(4) Trib. Seine, 26 nov. 1869 et 19 juin 1878, *Ann. noblesse*, 1870, p. 389, et 1879, p. 346. — Paris, 30 mai 1879, *Ann. noblesse*, 1880, p. 375. — Req. rej., 17 nov. 1891, S., 93. 1. 25, note de M. Lallier, D., 93. 1. 244. — Trib. Seine, 10 août 1897, S., 1902. 2. 15. — Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52. — Paris, 16 mai 1900, S., 1902. 2. 15, D., 1902. 2. 174. — Cpr. Lallier, n. 169 et 182.

(5) Lallier, n. 182. — Cpr. Trib. Seine, 2 juillet 1823, S., 26. 1. 357.

Paris aux ordonnances de 1555 et de 1629 ([1]), on doit admettre que le juge peut en tenir compte, lorsqu'ils sont antérieurs à la Révolution et qu'on ne les invoque qu'en vue d'établir la réalité de l'addition d'un nom de terre au nom patronymique ([2]).

Mais il peut se faire que les divers actes produits pour établir la possession du nom ne soient point concordants ([3]). En pareil cas, le juge doit donner la préférence aux plus anciens. Telle est, du moins, l'opinion générale ([4]).

Du reste, si la possession du nom constitue en faveur du demandeur, quand elle présente les caractères qui viennent d'être indiqués, une présomption de son droit, ce n'est là qu'une présomption *juris tantum,* que le défendeur pourrait combattre par la preuve contraire ([5]).

294 *bis*-XXI. L'action en suppression d'un nom usurpé appartient à tout légitime possesseur de ce nom.

Il n'y a pas, à cet égard, de distinctions à faire. En particulier, elle appartient aux étrangers aussi bien qu'aux Français ([6]). Elle appartient également aux femmes mariées, quoique, à la suite de leur mariage, elles aient cessé en fait de porter le nom de leur famille ([7-8]).

([1]) *Supra,* n. 294 *bis*-IV.

([2]) Lallier, n. 182. — A ce point de vue, le juge pourrait même tenir compte des simples signatures. Cpr. Lallier, n. 182, et p. 342, note 1. — Bourges, 8 janv. 1889 (sol. impl.), D., 89. 2. 270.

([3]) On n'envisage pas ici le défaut de concordance qui résulterait, soit de l'addition d'un nom de terre au nom patronymique, soit de l'abandon du surnom ainsi obtenu. On sait en effet que l'addition d'un nom de terre au nom patronymique était considérée comme licite : le juge peut, par suite, tenir compte des actes qui l'établissent, bien qu'il en résulte un défaut de concordance avec les actes plus anciens. Quant à l'abandon du surnom, v. *infra,* n. 294 *bis*-XXIX et p. 318, note 1.

([4]) Toulouse, 15 mars 1893, S., 93. 2. 281 (motifs), note de M. Lallier, D., 93. 1. 244. — Trib. Orange, (motifs), 21 avril 1893, S., 93. 2. 281. — Limoges, 22 juillet 1895 (motifs), S., 97. 2. 278, D., 97. 2. 103. — Cpr. Lallier, n. 181. — Cpr. Civ. rej., 1er juin 1863, S., 63. 1. 387.

([5]) Lallier, n. 179 et 182.

([6]) Lallier, n. 156; *J. Clunet,* 1902, p. 304. — Paris, 28 juin 1859, sous Civ. rej., 7 janvier 1862, S., 62. 1. 25.

([7]) Civ. rej., 16 mars 1841, S., 41. 1. 532. — Civ. rej., 15 juin 1862, S., 63. 1. 281. — Sur le fondement de ce droit pour les femmes mariées et sur le point de savoir si cette action appartient aux descendants par les femmes, cf. Lallier, n. 155, et les références.

([8]) Il n'est même pas jusqu'aux communes elles-mêmes qui n'aient, le cas

294 *bis*-XXII. La seconde condition exigée du demandeur est qu'il établisse que son nom a été usurpé.

L'usurpation d'un nom peut consister, soit dans la substitution pure et simple de ce nom au nom réel de l'usurpateur, soit aussi dans le fait de scinder un nom dans la composition duquel il est entré (1).

Il n'y a, bien évidemment, usurpation que s'il y a défaut de droit chez l'usurpateur. Aussi l'action en suppression de nom échouerait-t-elle si le défendeur parvenait à prouver, soit qu'il porte le nom que son acte de naissance lui attribue (2), soit qu'il a repris le nom que portaient les ancêtres dont il descend et qu'il a, par suite, le droit de porter (3). Au reste le défendeur ne pourrait faire lui-même cette dernière preuve que suivant les règles qui ont été indiquées précédemment.

294 *bis*-XXIII. Pour réussir dans son action, le demandeur doit établir enfin que l'usurpation de son nom lui a causé un préjudice ou qu'elle est tout au moins de nature à lui en causer un dans l'avenir (4).

Les circonstances dans lesquelles il en est ainsi sont très variables, et on ne peut songer à les énumérer toutes. Il y a préjudice si, grâce à l'usurpation du nom du demandeur, le défendeur s'est fait remettre la correspondance destinée à ce dernier (5). Il y a aussi ou il peut y avoir préjudice si,

échéant, l'action en suppression de nom. Les communes, en effet, ont un nom, que l'on peut assimiler au nom patronymique des personnes. Cf. loi du 5 avril 1884, art. 2 et 8. Aubry et Rau, II, p. 266; Laferrière, *Jur. adm.*, I, p. 471, note 1, et Cons. d'Etat, 16 août 1862, S., 63. 2. 182. Mais il n'est question ici que des personnes physiques.

(1) Aubry et Rau, II, p. 266, note 9 *bis*, *in fine*. — Rennes, 20 avril 1880, S., 81. 2. 30. — Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52.

(2) Cpr. Planiol, I, n. 387. En pareil cas, le demandeur ne pourrait qu'intenter contre le défendeur une action en contestation d'état, soumise aux règles ordinaires de ces sortes d'actions. — Sur la question de savoir si le désir d'empêcher qu'une personne porte un nom constitue un intérêt suffisant pour motiver, à lui seul, l'action en contestation d'état, cf. *Tr. des pers.* de Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, t. IV, n. 608, et les références. — Cf. aussi Lallier, n. 157 et 171.

(3) Lallier, n. 157. — Cpr. Req. rej., 29 juin 1825, S., 26. 1. 405.

(4) Si le préjudice résultant de l'usurpation de nom a été déjà subi, le demandeur peut conclure, tout à la fois, en se fondant sur l'art. 1382 civ., à l'interdiction de porter le nom dans l'avenir et à des dommages-intérêts.

(5) Sur le nom patronymique, au point de vue de la remise des correspondances,

sous le nom du demandeur, le défendeur s'est livré au commerce, exposant ainsi un nom autre que le sien et qu'il n'avait pas le droit de porter au risque du déshonneur d'une faillite ou d'une banqueroute [1]. Il y a préjudice si, dans une œuvre littéraire, on donne le nom d'autrui à un personnage grotesque ou odieux [2], si, sans autorisation aucune, on fait figurer le nom d'autrui dans une liste compromettante [3], dans une raison sociale [4], si on l'associe, dans une lettre de faire part, à d'autres noms portés par des personnes déconsidérées [5], etc. On peut considérer encore qu'il y a préjudice si l'usurpation consiste dans le fait de s'adonner au théâtre ou de publier un ouvrage ou une composition artistique, en prenant comme pseudonyme le nom d'un tiers [6].

Toutefois cette condition de l'existence d'un préjudice déjà subi ou, tout au moins, à craindre, n'est admise [7] que par

cf. Besançon, 12 déc. 1888, D., 90. 2. 102. — Nimes, 9 févr. 1889, D., 90. 2. 317. — Trib. Seine, 3 août 1901, D., 1903. 2. 497.

(1) Lallier, n. 113 et 157.

(2) Aubry et Rau, II, p. 269; Planiol, n. 401; Lallier, n. 191 et 192. — Trib. Seine, 15 fév. 1882, S., 84. 2. 21, note de M. Labbé. — Trib. Seine, 13 nov. 1889, S., 90. 2. 119.

(3) Lallier, n. 190.

(4) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, II, n. 153, *in fine*. — Bordeaux, 17 nov. 1873, S., 74. 2. 145, D., 75. 2. 82. — Cf. aussi Thaller, n. 339.

(5) Lallier, n. 190. — Angers, 23 mars 1855, S., 55. 2. 506.

(6) Aubry et Rau, II, p. 269; Lallier, n. 113 et 190. — Cpr. Trib. Seine, 1er avril 1869, *Ann. de la propr. indust. artist. et litt.*, 1869, art. 1634, p. 143. — Trib. Seine, 30 mars 1882, S., 84. 2. 21, note de M. Labbé. — Trib. Seine, 1er août 1903, D., 1904. 2. 4. — Cpr., pour le fait de se servir du nom d'un tiers en vue de recommander l'emploi d'un produit médicinal, Trib. Seine, 4 mars 1905, D., 1905. 2. 144.

(7) En réalité, ces décisions sont intervenues sur des espèces où il y avait préjudice, mais la plupart ne résolvent pas la question. — Cpr. Riom, 9 janv. 1865, S., 65. 2. 7, D., 65. 2. 17. — Rennes, 20 avril 1880, D., 80. 2. 198. — Trib. Seine, 15 févr. et 30 mars 1882, S., 84. 2. 21. — Trib. Seine, 13 nov. 1889, S., 90. 2. 119. — Cpr. aussi Trib. Lyon, 15 déc. 1896, D., 97. 2. 174. — Il faut noter aussi que la jurisprudence du conseil d'Etat adopte cette manière de voir, en n'admettant les oppositions à un changement de nom que de la part des personnes à qui le changement de nom, une fois autorisé, causerait un préjudice. — *Infra*, n. 294 *bis* XXVII. — Cpr. Aubry et Rau, II, p. 263 et 264; Planiol, I, n. 400.

de rares décisions de justice, et rejetée par l'ensemble de la jurisprudence (1).

La jurisprudence pose, en effet, en principe que le nom patronymique est la propriété de la famille qui le porte (2). Partant, chacun de ses membres peut le revendiquer contre ceux qui le portent indûment et obtenir qu'il leur soit fait défense de le porter, sans avoir à justifier d'un intérêt sérieux. Du moins l'intérêt s'identifie-t-il ici avec la qualité, avec le droit au nom. Il suffit, d'après la jurisprudence, de porter un nom et d'avoir le droit de le porter pour avoir la faculté d'en poursuivre les usurpateurs. Il n'est pas nécessaire d'avoir subi ou d'avoir de justes craintes de subir un préjudice par le fait de son usurpation.

Pourtant cette argumentation ne paraît nullement décisive (3). La propriété, en effet, est un droit exclusif (4). Le propriétaire d'une chose peut retirer de celle-ci l'utilité juridique qu'elle contient, exclusivement à toute autre personne. La même chose ne peut avoir deux propriétaires différents pour le tout : ils se limiteraient l'un l'autre, ce qui serait contraire à l'essence du droit de propriété. Or ce caractère exclusif ne se retrouve pas dans le droit que l'on a sur le nom. Plusieurs personnes, non parentes, n'ayant entre elles rien de commun, peuvent porter et portent effectivement le même nom (5), tout en étant admises à se prévaloir chacune de tous les avantages qui y sont attachés.

D'ailleurs, à y bien réfléchir, l'origine historique du nom proteste contre la théorie qui voudrait en faire un objet de propriété. Tous les noms, quels qu'ils soient, le nom féodal

(1) Bordeaux, 4 juin 1862, S., 63. 2. 6. — Paris, 4 déc. 1863, S., 66. 1. 435, sous Req. rej., 14 mars 1865, D., 64. 2. 12. — Trib. Seine, 10 août 1897, et Paris, 16 mai 1900, S., 1902. 2. 15, D., 1902. 2. 174. — Trib. Seine, 19 avril 1902, sous Paris, 21 janv. 1903, S., 1904. 2. 161. — Cpr. Surville, I, n. 84-1; Lallier, n. 1 s. et n. 154.

(2) Civ. rej., 16 mars 1841, S., 41. 1. 532, D., 41. 1. 210. — Cpr. Aubry et Rau, II, p. 263; Surville, *loc. cit.*

(3) Planiol, I, n. 397 s.; Lallier, n. 1 s.

(4) Cf. le *Tr. des biens* de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, 3e éd., n. 201.

(5) Quelquefois, des noms qui paraissent différents ne le sont que par l'orthographe. Ainsi, *Fabre*, *Favre*, *Faure* ne sont que trois manières différentes d'écrire le même nom. De même, pour *Dupuy* et *Delpech*.

excepté, ont été empruntés à un fonds commun, où tout le monde a eu le droit de puiser. Ils indiquent des qualités ou des défauts qui ne sont le monopole de personne, un lieu d'habitation ou d'origine, une nationalité qu'un très grand nombre pouvait revendiquer, etc... Quelques-uns sont de simples prénoms, que n'importe qui a pu prendre. D'autres rappellent des professions que bien des gens pouvaient exercer [1]. Le nom nous apparaît, dès lors, comme le simple usage d'une *res communis,* et les *res communes* ne sont pas susceptibles d'appropriation [2].

Il n'y a donc pas de propriété du nom. Il n'y a même, en réalité, peut-on dire, aucun droit sur le nom. Le nom est une obligation, plutôt qu'il n'est l'objet d'un droit.

Comme on l'a fort bien dit, c'est une institution de police civile, la forme obligatoire de la désignation des personnes [3]. Il n'est pas plus un objet de propriété que ne le serait un numéro matricule, si on s'était servi de ces numéros, au lieu de noms, pour désigner les personnes. Les noms n'ont apparu qu'à une époque où il était devenu nécessaire, dans l'intérêt général, d'établir une distinction entre les individus. Simple usage d'abord, ils se sont peu à peu transformés en une obligation, coutumière ou légale, à mesure que la société avait une vision plus nette de l'utilité qu'ils présentaient. Et ce caractère obligatoire et d'ordre public résulte surabondamment de leur immutabilité et de la prohibition qui la sanctionne [4]. On ne peut, ni les acquérir par prescription [5], ni les céder, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ni les léguer [6]. On y est presque aussi attaché que le colon du droit romain et le serf de l'époque féodale étaient attachés à la terre qu'ils cultivaient. Dès lors, dans ce « droit » singulier, n'est-ce pas l'obligation qui prédomine ?

Il est vrai que le nom se transmet par l'hérédité, comme

(1) *Supra*, n. 294 *bis*-IV.

(2) Cf. le *Traité des successions*, de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 3e éd., 1905, I, n. 8. Cpr. art. 714 C. civ.

(3) Planiol, I, n. 398. — Cpr. Lallier, n. 2.

(4) *Supra*, n. 294 *bis*-XVI.

(5) *Supra*, n. 294 *bis*-XIV.

(6) Lallier, n. 3. — Cf. Perreau, *Rev. crit.*, 1900, p. 548.

le patrimoine. Mais cette transmission héréditaire ne prouve pas que le nom soit un objet de propriété : elle est obligatoire, et nul ne peut s'y soustraire ; il y a transmission, et non point succession, au sens strict de ce terme. La preuve en est qu'à la différence d'une succession, qui peut être testamentaire ou *ab intestat*, la transmission dont il s'agit n'a jamais lieu qu'*ab intestat*. Mieux encore, elle n'a jamais lieu qu'en ligne descendante (1). On peut renoncer à une succession, mais non pas à porter le nom de son père. On peut être écarté d'une succession, en totalité ou en partie, selon le cas, par le testament du défunt : mais le même testament ne peut pas empêcher un descendant de prendre le nom qu'il doit porter. Et la vérité est que cette prétendue transmission du nom par succession est une simple mesure d'ordre public, destinée à fournir un moyen de reconnaître la filiation (2).

La jurisprudence semble s'être trop attachée aux particularités du nom féodal. Il était formé, on l'a vu, par le nom d'une terre, joint au prénom par la particule (3). L'usurpation du nom équivalait dès lors, en apparence tout au moins, à l'usurpation de la terre qu'il rappelait, c'est-à-dire à une usurpation de propriété. Aussi la plupart des décisions de la jurisprudence ont-elles été rendues à propos de noms de terres ou de seigneuries. Cependant, même en ce qui les concerne, il ne saurait s'agir d'un droit de propriété. Ils constituèrent en effet, à l'origine, de simples surnoms, qui finirent par s'imposer à ceux qui les portaient et par devenir pour eux, comme tous les autres noms, une véritable obligation. Et c'est pourquoi le rapport de propriété qu'ils rappelaient entre un fief ou une autre terre et son possesseur pouvait être rompu par l'aliénation de cette terre, sans que, pour cela, ceux qui le portaient cessassent de devoir le faire.

Au fond, l'action en suppression de nom n'est donc pas la revendication d'un nom et ne tend pas à faire respecter un droit de propriété. Seulement, comme le nom s'identifie, dans

(1) Ainsi l'adopté, qui prend le nom de l'adoptant, en l'ajoutant à son patronymique (art. 347 C. civ.), ne transférera nullement ce nom à son père qui lui succède.

(2) Planiol, I, n. 398. — Cpr. Lallier, n. 3.

(3) *Supra*, n. 294 *bis*-IV. — Cpr. Planiol, I, n. 399.

une certaine mesure, avec ceux qui le portent, l'usurpation de ce nom et l'abus qu'on en peut faire peuvent pratiquement jeter le discrédit sur ceux à qui il appartient. L'atteinte au nom peut devenir facilement une atteinte à l'honorabilité d'une personne, d'une famille tout entière. Aussi l'action en suppression de nom apparaît-elle comme un moyen de protéger moins le nom que la personne qui le porte, contre le dommage qu'elle serait exposée à subir dans son honorabilité par le fait d'une usurpation. Et par suite on est contraint à décider que, pour réussir dans son action, le demandeur en suppression de nom doit établir que cette usurpation lui a déjà causé un préjudice ou est tout au moins de nature à lui en causer un dans l'avenir (1).

294 *bis*-XXIV. Les contestations relatives au nom, qu'elles s'élèvent entre particuliers ou que le ministère public y joue le rôle de partie principale, sont toujours de la compétence des tribunaux ordinaires (2).

Quant à l'autorité des jugements rendus en matière de nom, il en sera parlé dans une autre partie de ce traité (3).

294 *bis*-XXV. Malgré tout, l'immutabilité du nom patronymique n'est point si stricte qu'il ne puisse y avoir de changements de nom licites, voire même parfois obligatoires.

De ces changements de nom, les uns se produisent par voie de conséquence, les autres à titre principal.

294 *bis*-XXVI. Il faut citer d'abord, parmi ceux qui se produisent par voie de conséquence, les changements qui résultent implicitement des arrêts ou des jugements rendus en matière de questions d'état. Ces décisions aboutissent en fait à la rectification d'un ou plusieurs actes de l'état civil et, par suite, à un changement de nom (4).

De même, la reconnaissance d'un enfant naturel posté-

(1) Cpr. Lallier, n. 1, 2 et 3, 190, 191 et 192. — Cpr. aussi Planiol, I, n. 401, qui indique une forme analogue de lésion de la personne elle-même.

(2) Aubry et Rau, II, p. 264 et 266. — Cpr. D., *Rép.*, v° *Nom*, n. 46 s.

(3) Cf. *Traité des pers.*, *op. cit.*, IV, n. 609 s.

(4) Loi du 11 germinal an XI, art. 9. — Cpr. Planiol, I, n. 389; Surville, I, n. 84-I; Lallier, n. 170 s.

rieure à sa naissance lui donne un nom qu'il n'avait pas auparavant [1].

Le mariage autorise encore, au moins en fait, chacun des deux époux à prendre le nom de l'autre, pour l'ajouter au sien. Et même, par une véritable substitution de nom, dans la vie courante les femmes mariées ne sont guère connues que sous le nom de leur mari. Mais il semble bien qu'il y ait là plutôt de simples usages tolérés que de vrais états de droit. — Ce n'est pas d'ailleurs à cette place qu'il y a lieu de traiter, soit des effets du mariage quant au nom des époux [2], soit des effets du divorce [3] ou de la séparation de corps [4].

Enfin un autre changement de nom, dont il sera également parlé plus tard, résulte de l'adoption, en vertu de laquelle l'adopté prend le nom de l'adoptant et l'ajoute à son nom patronymique [5].

294 *bis*-XXVII. A titre principal, les changements de nom ne sont licites qu'à la condition d'avoir été préalablement autorisés par un décret du président de la République, rendu en conseil d'Etat [6]. C'est ce qui résulte des art. 4, 5 et 6 de la loi du 11 germinal an XI, ainsi conçus :

Art. 4. — « *Toute personne qui aura quelque raison de changer de nom en adressera la demande motivée au gouvernement.* »

Art. 5. — « *Le gouvernement prononcera dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.* »

Art. 6. — « *S'il admet la demande, il autorisera le changement de nom, par un arrêté rendu dans la même forme...* » [7].

(1) *Supra*, n. 294 *bis*-IX.

(2) Cf. notre *Tr. des pers.*, III, n. 2114. — Cpr. Planiol, I, n. 390, 394 et 395; Surville, *loc. cit.*; Lallier, n. 110 s. — Cpr. aussi Aubry et Rau, II, p. 263, note 2.

(3) Art. 299 civ. — Cf. *Tr. des pers.*, de Baudry-Lacantinerie et Chauveau, IV, n. 253.

(4) Art. 311 civ. — Cf. *op. cit.*, IV, n. 317.

(5) Art. 347 C. civ. — Cf. *Tr. des pers.*, de Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, V, n. 90 et 91.

(6) Sur le changement de nom des communes, cf. loi du 5 avril 1884, art. 2. — Sur le changement de raison sociale d'une société commerciale, cf. loi du 24 juill. 1867, art. 61.

(7) Sur les précédents historiques de la loi du 11 germinal an XI, cf. Lallier, n. 124.

Sous la réserve d'obtenir l'autorisation des pouvoirs publics, il devait être effectivement permis de changer de nom, car on peut avoir pour le faire des motifs absolument légitimes. L'immutabilité du nom n'est qu'un principe (1), qui doit, en fait, comporter des exceptions, sauf à en entourer l'application de garanties suffisantes (2).

Ces motifs susceptibles de légitimer des changements de nom peuvent être des plus divers. On peut désirer ardemment ne plus porter un nom qui est obscène ou ridicule (3), ou qui a été déshonoré par une action infamante (4). On peut vouloir en prendre un autre, pour accomplir la condition à laquelle se trouve soumise une libéralité (5). On peut ambitionner de perpétuer un prénom illustré par un des membres de la famille et dont on demande l'addition au nom patronymique (6). On peut enfin vouloir sauver de l'oubli un nom qui est menacé de s'éteindre par défaut de postérité masculine (7). Toutefois, en pareil cas, s'il s'agit surtout d'un nom d'allure nobiliaire ou précédé d'une particule et que la vanité des postulants paraisse seule en cause, l'addition au nom est rarement autorisée. *A fortiori* en est-il ainsi de sa complète substitution au nom patronymique (8).

La demande de changement de nom doit émaner de l'intéressé lui-même. Spécialement elle ne peut émaner de son tuteur (9).

Elle doit être adressée au garde des sceaux (10), et contenir, en même temps que l'énonciation des motifs sur lesquels elle

(1) *Supra*, n. 294 *bis*-IV et XIV.

(2) Lallier, n. 115.

(3) En pareil cas, on demande généralement, soit la suppression, soit l'addition, soit la modification d'une ou plusieurs lettres ou syllabes, ce qui peut suffire pour enlever au nom son caractère. — Cf. Lallier, n 116.

(4) Cf. Lallier, p. 207, note 1. Le père de l'assassin *Louvel* obtint, par ordonnance du 1er août 1827, de s'appeler *Lemaire*. — Assez fréquemment, en pareil cas, on demande à prendre le nom de sa mère.

(5) Lallier, n. 118 s. — Pour le droit romain, cpr. Girard, p. 167.

(6) Lallier, n. 117.

(7) Lallier, *loc. cit.*

(8) Lallier, *loc. cit.*, et p. 208, note 2.

(9) Cf. Lallier, n. 123.

(10) Lallier, n. 125. — D'après Aubry et Rau, II, p. 267, il faudrait l'intermédiaire d'un référendaire au sceau; mais cf. Lallier, p. 216, note 1.

est fondée, l'énumération des pièces justificatives produites [1]. Il faut, en outre, qu'elle soit l'objet d'une publicité par voie d'insertion au *Journal officiel*, ainsi que dans les journaux d'annonces légales de l'arrondissement où réside l'impétrant et de celui où il est né. Sa recevabilité est subordonnée à cette condition, et aucune décision ne peut intervenir avant qu'il se soit écoulé trois mois depuis le jour où elle a été remplie [2].

La requête et les pièces justificatives sont soumises au procureur de la République de l'arrondissement du domicile de l'impétrant, et ce magistrat les transmet, avec ses observations, au procureur général du ressort, qui, à son tour, les retourne, avec son avis, au garde des sceaux [3].

Le conseil d'Etat est alors consulté, et, sur son avis, le président de la République rend, s'il y a lieu, sous le contreseing du garde des sceaux, un décret concédant l'autorisation de changer de nom et indiquant le nom que l'impétrant pourra prendre à l'avenir. Ce décret est inséré au *Journal officiel* et au *Bulletin des Lois*. Il n'est susceptible d'aucun recours contentieux [4].

Le décret qui accorde l'autorisation de changer de nom ne produit ses effets qu'un an après qu'il a été publié au *Bulletin des Lois*. Jusque-là, toute personne y ayant droit peut y faire opposition [5].

Les personnes qui sont investies de ce droit sont toutes celles qui portent le nom que le bénéficiaire du décret a été

(1) Lallier, n. 125.

(2) Circulaires du garde des sceaux du 26 octobre 1815, du 10 avril 1818 et du 25 juin 1828, et décret du 8 janv. 1859, art. 9. Cpr. Lallier, n. 125. — Mais cpr. Conseil d'Etat, 24 mai 1901, D., 1903. 3. 99.

(3) Lallier, p. 217, note 2.

(4) Aubry et Rau, II, p. 267; Planiol, I, n. 388; Surville, I, n. 84-I; Lallier, n. 126 et 127. — Pour les droits de sceau à payer, cf. Lallier, p. 246, note 2.

(5) Loi du 11 germinal an XI, art. 6 et 7. — Aubry et Rau, II, p. 267; Planiol, I, n. 388; Surville, *loc. cit.*; Lallier, n. 127 et 128. — Sur les oppositions antérieures au décret d'autorisation, cf. Lallier, n. 125 et 128. Ces oppositions sont purement officieuses, et, à la différence de celles qui suivent le décret et qui doivent être portées devant le conseil d'Etat, elles doivent être adressées au garde des sceaux. Ce sont des réclamations ou des mises en garde plutôt que des oppositions.

autorisé à prendre [1], fût-ce avec une différence d'orthographe [2], ou qui, sans le porter, descendent de personnes qui le portaient [3]. Et ce droit appartient même à des femmes mariées [4].

Mais ce n'est pas à dire que, sous cette seule condition, leur opposition doive être efficace : il faut encore qu'elles justifient que le changement de nom autorisé est de nature à leur causer un préjudice, ce qui est apprécié souverainement par le conseil d'Etat [5]. La jurisprudence de cette assemblée est constante en ce sens [6].

Les oppositions sont portées devant le Conseil d'Etat, qui statue, au contentieux [7], sur leur recevabilité et leur bien-fondé [8]. Selon son avis, le chef de l'Etat maintient son décret ou le rapporte [9].

A l'expiration de l'année qui suit sa publication au *Bulletin des Lois,* s'il n'y a été fait aucune opposition ou si les oppositions faites ont été rejetées [10], le décret qui autorise le changement de nom produit tous ses effets. L'impétrant,

(1) Cpr. Aubry et Rau, II, p. 267, note 14.

(2) Cons. d'Etat, 4 déc. 1896 et 19 fév. 1897, D., 98. 3. 35 et 67.

(3) Cons. d'Etat, 23 mai 1890, S., 92. 3. 108, D., 92. 3. 4. — Cons. d'Etat, 18 mars 1892, D., 93. 3. 59.

(4) Lallier, n. 129. — Cpr. Civ. rej., 16 mars 1841, S., '41. 1. 532. — Civ. rej., 15 juin 1863, S., 63. 1. 281. — Pour le droit des communes, cf. Aubry et Rau, II, p. 267; Lallier, n. 129. — Cpr. conseil d'Etat, 16 août 1862, S., 63. 2. 182.

(5) Lallier, n. 130 et 131.

(6) Aubry et Rau, II, p. 267, note 14; Planiol, I, n. 400; Lallier, n. 129. — Cons. d'Etat, 21 juin 1839, *Lebon*, 343. — Cons. d'Etat, 10 avril et 16 août 1860, *Lebon,* 290 et 651. — Cons. d'Etat, 5 déc. 1860, D., 61. 3. 21. — Cons. d'Etat, 6 août 1861, S., 62. 2. 351, D., 62. 3. 77. — Cons. d'Etat, 5 et 9 juin 1862, *Lebon*, 465 et 508. — Cons. d'Etat, 7 juin 1866, S., 67. 2. 269. — Cons. d'Etat, 18 juill. 1873, S., 75. 2. 160. — Cons. d'Etat, 16 juill. 1880, D., 81. 3. 74. — Cons. d'Etat, 23 mai 1890, S., 92. 3. 108, D., 92. 3. 4. — Cons. d'Etat, 18 mars 1892, D., 93. 3. 59. — Cons. d'Etat, 4 déc. 1896, D., 98. 3. 35. — Cons. d'Etat, 24 mai 1901, D., 1902. 3. 99.

(7) Aubry et Rau, II, p. 267; Laferrière, *Jur. adm.*, p. 470.

(8) Lallier, n. 129 et 135. — Cpr. Civ. cass., 9 avril 1872, D., 72. 1. 299. — Sur le rôle du conseil d'Etat, cf. Lallier, n. 133, 134, 135 et 136.

(9) Lallier, n. 136. — Cf. sur le droit qu'aurait le chef de l'Etat de restreindre la concession de nom, au lieu de rapporter le décret purement et simplement, Conseil d'Etat, 17 mars 1864, S., 65. 2. 149.

(10) La preuve se fait par un certificat d'un référendaire au sceau. — Cpr. Lallier, n. 138.

sans y être obligé [1], peut prendre le nom qu'il a été autorisé à prendre et faire mentionner, par autorité de justice [2], le changement de nom en marge des actes de l'état civil qui le concernent.

Du reste, les effets du décret peuvent être invoqués, non seulement par l'impétrant lui-même, mais encore par ses enfants et descendants, sans distinction entre les majeurs [3] et les mineurs, entre ceux qui étaient déjà nés lors du décret [4] et ceux qui sont nés depuis [5].

294 *bis*-XXVIII. II. **Des prénoms.** — On sait que les prénoms ont été les premiers noms en usage [6]. Destinés, dès les temps les plus anciens, à individualiser les personnes, ils ont conservé cette fonction malgré l'apparition des noms patronymiques. Ceux-ci servent bien à distinguer les unes des autres les diverses familles : mais, au sein de chacune d'elles, ses divers membres se distinguent les uns des autres et achèvent de s'individualiser par le prénom ou les prénoms qu'ils portent [7].

Toute personne doit avoir un prénom, mais sans qu'on puisse l'obliger à en faire précéder son nom dans les usages de la vie courante. Spécialement un père ne saurait être tenu de faire précéder son nom de son prénom, pour se distinguer de son fils [8].

On peut n'avoir qu'un seul prénom. La loi du 11 germinal

(1) Lallier, n. 138.

(2) Mais un jugement du tribunal civil est nécessaire, comme en matière de rectification proprement dite d'actes de l'état civil. La mention en marge est autorisée, en même temps que le changement de nom, par l'un des articles du décret. — Sur le rôle et les pouvoirs du tribunal civil, cf. Lallier, n. 140. — Req. ann., 22 avril 1846, D., 46. 1. 172. — Paris, 8 août 1865, D., 65. 2. 121.

(3) Trib. Apt, 17 fév. 1897, D., 97. 2. 302. — Mais cpr. Lallier, n. 139.

(4) Il n'y a pas non plus à distinguer, en ce qui les concerne, selon qu'ils sont ou ne sont pas visés dans la requête de l'impétrant. Cpr. Orléans, 17 avril 1866, S., 66. 2. 240. — Grenoble, 5 juil. 1870, S., 71. 2. 44.

(5) Lallier, n. 123 et 139.

(6) *Supra*, n. 294 *bis*-III et IV.

(7) Planiol, I, n. 403; Surville, I, n. 84-II; Lallier, n. 38.

(8) Trib. Seine, 3 août 1901, D., 1903. 2. 497, note de M. A. L. — Mais, s'il en est ainsi dans les usages de la vie ordinaire, au contraire, dans les actes officiels ou instrumentaires, les noms doivent être précédés des prénoms; cf., par exemple, l'art. 34 C. civ.

an XI et l'art. 57 du Code civil parlent, sans doute, des *prénoms* d'une personne, mais ce sont des dispositions qui n'ont pas un caractère impératif et qui se réfèrent au cas le plus général (1). Généralement, en effet, on porte plusieurs prénoms. Le nombre n'en est pas limité, et si leur multiplicité présente parfois des inconvénients et frise le ridicule, elle peut aussi, dans les familles très nombreuses, présenter des avantages (2).

Les prénoms sont donnés aux enfants, dans leur acte de naissance, par la personne qui fait la déclaration (3).

Quant aux enfants trouvés, traités de même que pour leur nom, ils les reçoivent, soit de l'officier de l'état civil, soit de l'administration de l'hospice où ils sont placés (4).

Les prénoms ne peuvent être choisis que parmi les noms de saints que mentionnent les différents calendriers (5) et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne (6). A ce titre, il a été reconnu que les israélites ont, comme toute personne du reste, le droit de choisir les prénoms de leurs enfants parmi ceux des personnages de la Bible (7) : ils ont ainsi, pour leurs prénoms, un droit que le décret du 20 juillet 1808 ne leur reconnaît pas pour leur nom (8).

Les prénoms, une fois choisis, sont immuables. On ne peut obtenir, comme on le pourrait s'il s'agissait du nom patronymique, l'autorisation de changer de prénoms (9).

(1) Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.;* Lallier, *loc. cit.*

(2) Sur ces inconvénients et avantages, cf. Planiol, I, n. 403.

(3) Cpr. Planiol, I, n. 404; Surville, *loc. cit.;* Lallier, n. 38; art. 57 C. civ.

(4) Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.;* Lallier, n. 35, et p. 54, note 2. — Cpr. *supra,* n. 294 *bis*-XI.

(5) Plus exactement, on peut donner les noms qui figurent dans les listes hagiographiques des différents cultes. Cpr. Lallier, n. 38.

(6) Loi du 11 germinal an XI, art. 1er. — Aubry et Rau, I, p. 204; Planiol, I, n. 405; Surville, *loc. cit.;* Lallier, n. 38; Fuzier-Herman, art. 57, n. 9; Béquet, *Traité de l'état civil,* n. 345; Maurice Dufay, *Des prénoms dans les actes de l'état civil, Le Droit,* 12 mars 1884. — A noter que *Napoléon* est un prénom, un nom de saint, et non point un nom patronymique. On peut donc le donner comme prénom, quoiqu'il ne soit pas *de l'histoire ancienne.*

(7) Circ. min. de la justice du 28 sept. 1813, et Fuzier-Herman, art. 57, n. 10.

(8) *Supra,* n. 294 *bis*-V.

(9) Loi du 11 germinal an XI, art. 2 et 3, et arg. *a contrario.* — Lallier, n. 39 et 123.

Mais il est permis, dans la vie courante, de porter d'autres prénoms que ceux qui figurent à l'acte de naissance : on ne s'expose ainsi à aucune pénalité, quoique cette pratique ne soit pas à encourager. Et *a fortiori* est il permis, ce qui peut être beaucoup plus raisonnable, de ne prendre qu'un des prénoms portés à l'acte de naissance, ou même d'intervertir l'ordre dans lequel ils figurent à cet acte, quoiqu'il ait pu être inspiré par des motifs sérieux et qu'il puisse concourir à l'individualisation du sujet.

L'usurpation d'un prénom pris isolément, si c'en est une, ne donne ouverture à aucune action de la part des personnes qui le portent. Mais il en serait différemment si, à raison de la similitude du nom patronymique ou de l'usurpation de ce nom, concomitante à celle du prénom, il en résultait une confusion préjudiciable à ces personnes. Elles auraient alors incontestablement le droit de se plaindre et de demander, en même temps que des dommages-intérêts, s'il y avait lieu, la cessation de l'usurpation (1).

294 *bis*-XXIX. III. **Des surnoms et pseudonymes.** — Les surnoms, qu'on appelle aussi quelquefois *sobriquets* (2), sont des appellations qui s'ajoutent au nom et aux prénoms. En principe, ils n'ont pas de valeur juridique, mais seulement, dans quelques cas, une valeur pratique, en tant qu'ils servent à compléter un signalement (3). Du reste leur usage n'est pas illicite et ne donne lieu à l'application d'aucune peine (4).

Exceptionnellement, les surnoms ont une valeur juridique et constituent, tout en demeurant tels, un complément régu-

(1) Lallier, n. 39 et 159.

(2) Il semble qu'on doive réserver le nom de *sobriquets* à ces surnoms plus ou moins bizarres, et parfois incompréhensibles, que se donnent souvent entre eux les gens du peuple, les écoliers et surtout les gens sans aveu, comme en font foi journellement les affaires criminelles.

(3) Planiol, I, n. 406. — Cpr. art. 2148, 2° C. civil. — Cpr. aussi Crim. rej., 4 août 1892, D., 94. 1. 56. — Le surnom sous lequel est connu, dans son milieu, un repris de justice constitue, par exemple, un précieux complément de son signalement. — Cpr. encore Surville, I, n. 84-III.

(4) L'usage des surnoms tomberait cependant, semble-t-il, sous l'application de l'art. 259 du Code pénal, s'ils étaient pris comme partie intégrante du nom, publiquement, et en vue de s'attribuer une distinction honorifique. — Cpr. *supra*, n. 294 *bis*-XVI.

lier et héréditaire du nom patronymique, lorsqu'ils ont été pris conformément aux prescriptions de la loi du 6 fructidor an II, c'est-à-dire que, avant la promulgation de cette loi, ils servaient à distinguer patronymiquement les membres d'une même famille (1).

Il ne paraît pas pourtant nécessaire que ces surnoms ne rappellent aucune qualification féodale ou nobiliaire. La loi de fructidor interdisait, il est vrai, l'emploi de pareils surnoms, mais elle a été abrogée à cet égard, d'une manière tacite, par le rétablissement des titres de noblesse (2). Objecterait-on que ce rétablissement n'a pu avoir de pareil résultat, parce que les titres de noblesse se distinguent du nom et en sont indépendants (3)? Mais on peut répondre, semble-t-il, que les titres de noblesse ne sauraient aller sans un nom qui leur serve de support, et que, par suite, le rétablissement des premiers n'a pu avoir d'utilité pratique que par le rétablissement des seconds (4).

De là il suit que l'on peut toujours reprendre un nom de terre qui a été porté par les ancêtres dont on descend, si la possession en est établie et s'il a réellement servi à distinguer patronymiquement ceux qui le portaient d'autres membres de la même famille (5). Il importe peu que ce soit un nom de terre noble ou un nom de terre roturière. Dans le dernier cas, la loi du 6 fructidor an II ne l'a jamais atteint (6). Dans le premier, il a cessé de l'être à partir du rétablissement des titres de noblesse.

Mais, si l'on peut réclamer un nom de terre originairement porté par ses ancêtres, on ne le peut qu'à la condition de justifier qu'il l'a été réellement, et pendant un laps de temps suffisant pour qu'on puisse induire de la longue possession la volonté certaine, indubitable, de l'incorporer au nom patro-

(1) Req. rej., 9 janv. 1901, S., 1902. 1. 462, D., 1903. 1. 501.

(2) Cf. *infra*, n. 294 *bis*-XXXIV et XXXV.

(3) Planiol, I, n. 400.

(4) Lallier, n. 5, 31 et 137.

(5) A ce point de vue, la loi du 6 fructidor an II n'a jamais été abrogée. Planiol, I, n. 400. — Cpr. Req. rej., 17 déc. 1860, S., 61. 1. 273. — Req. rej., 9 janv. 1901, précité.

(6) *Supra*, n. 294 *bis*-V.

nymique. Il faut, d'ailleurs, que cette longue possession ait été publique, acceptée par tous, continue et non interrompue (1).

Au surplus, le nom de terre, quand on le reprend, ne se substitue pas au nom patronymique : il ne peut être porté que comme surnom (2). Néanmoins il devient le complément du nom (3), et il a dès lors une valeur juridique que ne sauraient avoir les autres surnoms. Il est héréditaire, et son usurpation jouit des mêmes sanctions que celle du nom.

Enfin il faut observer que ce que l'on peut faire pour un nom de terre originairement porté par ses ancêtres, on ne le peut pas pour un autre nom de terre, et que si l'on prend comme surnom le nom d'un domaine que l'on possède, ce surnom n'a aucune valeur juridique (4).

294 *bis*-xxx. Des surnoms, on doit rapprocher les pseudonymes. Les pseudonymes sont des noms supposés, destinés à cacher le vrai nom (5).

Les pseudonymes furent autrefois en usage chez les gens de guerre, d'où l'appellation de *noms de guerre* qui leur est donnée quelquefois (6). Actuellement ils sont surtout employés par les gens de lettres (7), les artistes (8), les journalistes (9), etc...

(1) Aubry et Rau, II, p. 266; Planiol, I, n. 380; Lallier, n. 22 s. — Cf. les diverses décisions judiciaires citées *supra*, p. 282, note 2. — Cpr. Req. rej., 15 mai 1867, S., 67. 1. 241. — Mais cpr., pour le cas où le surnom aurait été délaissé sans motifs, avant la Révolution, Douai, 12 août 1863, S., 64. 2. 103. — Cpr. Lallier, n. 181.

(2) Planiol, I, n. 400. — Cf., d'ailleurs, *supra*, n. 294 *bis*-iv et xiii.

(3) Sur ce point, cf. Req. rej., 17 déc. 1860 (sol. impl.), S., 61. 1. 273. — Civ. rej., 15 janv. 1861 (sol. impl.), S., 61. 1. 273. — Trib. Mayenne, 25 nov. 1896, D., 97. 2. 156. — Cf. aussi Aubry et Rau, II, p. 266.

(4) Et son usage peut même tomber sous l'application de l'art. 259 C. pén.; cf. *supra*, n. 294 *bis*-xvi, et p. 316, note 4.

(5) Cf. Planiol, I, n. 407; Surville, I, n. 84-IV; Lallier, n. 166 s. — Sur le pseudonyme commercial, cf. Lallier, n. 217.

(6) Planiol, *loc. cit.*

(7) Il est bien connu que *Molière* s'appelait, de son véritable nom, *J.-B. Poquelin*, et *Voltaire*, *Arouet*. Beaucoup d'auteurs, encore aujourd'hui, poètes ou autres, écrivent sous un pseudonyme : celui de *Carmen Sylva* cache mal, comme la plupart, la reine de Roumanie.

(8) Le musicien *Reyer* s'appelle, de son vrai nom, *Rey*.

(9) Sur les pseudonymes, connus sous le nom de *pavillons neutres*, qui appartiennent, non à un journaliste, mais à un journal, cf. Lallier, n. 168.

A la différence des *surnoms* proprement dits, qui s'ajoutent au nom, les *pseudonymes* s'y substituent. Mais ce n'est pas à dire qu'ils constituent des changements de nom, régis comme tels par la loi du 11 germinal an XI, car il ne s'agit pas de les prendre d'une façon constante, dans la vie juridique ou même dans la vie ordinaire, mais seulement dans la vie littéraire, artistique, politique, etc... Ils ne sont, en réalité, comme on l'a dit, qu'une façon particulière de garder l'anonyme (1).

L'usage des pseudonymes est, par suite, licite, car il est très licite de ne pas attacher son nom aux œuvres que l'on crée; et il doit être tout aussi bien permis, si on le préfère, de les produire sous un pseudonyme que sous ses simples initiales. Il n'y a de réserve à faire que dans le cas où le pseudonyme servirait à la réalisation d'un but frauduleux (2).

On ne peut, toutefois, prendre comme pseudonyme le nom d'une personne vivante, sans s'exposer de sa part à une action en suppression de pseudonyme, et même à des dommages-intérêts, si l'emploi de son nom lui occasionne ou est de nature à lui occasionner un préjudice (3).

L'usage prolongé et exclusif d'un pseudonyme constitue, en revanche, une propriété *sui generis,* analogue à celle que l'on a sur le nom commercial, et qui donne à la personne qui s'en est déjà servie le droit de s'opposer à ce que toute autre s'en empare et s'en serve de manière à créer une confusion préjudiciable ou regrettable (4).

(1) Lallier, n. 166.

(2) Planiol, *loc. cit.;* Surville, *loc. cit.* — Il faut noter aussi qu'une loi du 13 mai 1793 a interdit l'engagement dans l'armée sous un pseudonyme. Planiol, *loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, II, p. 268 et 269; Lallier, n. 166. — Trib. Seine, 1er avril 1869, *Ann. de la propr. industr., artist. et litt.*, 1869, art. 1634, p. 143. — Paris, 20 mars 1826, S., 27. 2. 155. — Trib Seine, 30 mars 1882, S., 84. 2. 21, note de M. Labbé. — Voir *supra*, n. 294 *bis* XXIII.

(4) Lallier, n. 167. — Civ. rej. (sur ce point), 6 juin 1859, S., 59. 1. 657. — Paris, 30 déc. 1868, S., 69. 2. 139. — Trib. Seine, 1er avril 1869, D., 71. 3. 70. — Trib. Seine, 24 janv. 1889, *Gaz. des Trib.* du 25 janv. 1889. — Trib. Seine, 22 juill. 1896, S., 97. 2. 219, D., 97. 2. 13. — Cpr. Trib. Seine, 1er août 1903, D., 1904. 2. 4. — Toutefois, ce droit de propriété n'irait pas jusqu'à permettre d'interdire le port du nom qui constitue le pseudonyme à la personne dont il constituerait le véritable nom patronymique. Cf. l'exemple cité par Lallier, n. 167.

Du reste, les pseudonymes demeurent personnels à ceux qui les portent et ne passent pas à leurs héritiers [1].

N° 2. Des titres de noblesse [2].

294 *bis*-XXXI. La noblesse était autrefois une qualité spéciale des personnes, un élément de leur état, qui entraînait des conséquences juridiques de la plus grande portée. Elle a perdu ce caractère en 1789, dans la nuit du 4 août, et, depuis cette époque, il n'y a plus de *nobles*. Mais les titres de noblesse ont survécu à la disparition de la noblesse, comme ordre distinct dans l'Etat, et, s'il n'y a plus de *nobles*, il y a toujours des *titres de noblesse* : peut-être même pourrait-on dire qu'ils n'ont jamais été plus recherchés. Seulement ces titres ne sont plus que de simples accessoires honorifiques du nom — pour ceux qui les considèrent ainsi. Et comme leur emploi est resté soumis à des règles légales, il y a lieu ici d'en parler [3].

294 *bis*-XXXII. **Notions historiques.** — Les premiers titres que l'on rencontre dans l'histoire de France sont ceux de *duc*, *comte*, *vicomte* et *marquis*. Ils appartenaient aux fonctionnaires royaux ou impériaux des deux époques mérovingienne et carolingienne et étaient attachés à leurs fonctions. Les ducs étaient les gouverneurs des provinces, les comtes ceux des cités, les marquis ceux des marches ou frontières. Quant aux vicomtes, qui n'apparaissent qu'au IXe siècle et dans les provinces du sud de la Loire, c'étaient simplement les lieutenants des comtes, comme l'indique l'étymologie même du titre (*vice comitis*) [4].

Ces divers titres se portèrent d'abord isolés. Mais, plus tard, les fonctions de ceux qui en étaient investis furent

(1) Lallier, n. 167 *in fine*.

(2) De Sémainville, *Code de la noblesse française*, 2e édit., Paris, 1860 ; Lévesque, *Du droit nobiliaire français au XIXe siècle*, Paris, 1866 ; Vian, *De la particule nobiliaire*, 1880 ; Maury, *Les titres nobiliaires en France*, *Rev. des Deux-Mondes*, 15 déc. 1882 ; Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, ouvrage déjà cité ; de Nimal, *Nobles et noblesse*, Paris, 1892 ; J. Hédouin, *De l'usurpation des titres nobiliaires*, thèse, Paris, 1900 ; Beaune, *Des distinctions honorifiques et de la particule* ; H. Breuil, *De la particule dite nobiliaire*, thèse, Paris, 1903.

(3) Planiol, I, n. 409 ; Lallier, n. 41.

(4) Lallier, n. 47.

accompagnées de concessions de terres, et, devenues patrimoniales, elles se transmirent héréditairement. Dès lors, les ducs, comtes, vicomtes et marquis ajoutèrent à leur titre le nom de la province, du canton, de la cité qu'ils administraient, en séparant le nom et le titre par la préposition ou particule *de*. Il en fut surtout ainsi, lorsque, par application des principes féodaux, l'autorité qu'ils exerçaient par délégation du roi fut devenue une autorité propre et souveraine [1].

D'ailleurs il n'y eut pas que les officiers royaux à porter ces titres. De simples bénéficiers, qui n'y avaient aucun droit et qu'on qualifiait parfois simplement de *seigneurs* (*seniores*), ne tardèrent pas à usurper les titres des officiers royaux et à les joindre au nom de la terre qui constituait leur bénéfice [2].

Le titre de *baron* n'a pas eu la même origine que les précédents. Primitivement dénué de toute signification honorifique [3], il fut donné, sous les carolingiens, aux principaux personnages de la cour, à ceux qui constituaient l'entourage du roi [4]. Il y eut ainsi des barons avant la féodalité, mais la féodalité seule créa les baronnies, et jamais l'administration des provinces ou des autres circonscriptions territoriales du pays ne fut confiée à des barons. Lorsque se produisit l'usurpation des titres de duc, comte, vicomte ou marquis par les simples bénéficiers, certains d'entre eux se contentèrent de prendre le titre de baron et d'appeler leur domaine baronnie. Toutefois, même après l'apparition des baronnies féodales, le titre de baron fut conservé par les plus grands seigneurs de France, les vassaux immédiats du roi, ses pairs. De la sorte, il y eut deux espèces de barons : les uns au sommet, les autres aux degrés les plus inférieurs de la hiérarchie féodale. Mais comme ces derniers devenaient de plus en plus nombreux, les grands seigneurs échangèrent le titre de *baron* contre celui de *sire* : tels les sires de Bourbon, de Beaujeu, de Coucy [5].

(1) Lallier, *loc. cit.*, et n. 50.

(2) Lallier, n. 47.

(3) D'après M. de Wailly, le mot *baro* aurait désigné, en latin, des valets de dernier ordre. Cf. Lallier, n. 48.

(4) Dans la *Chanson de Roland*, les pairs de Charlemagne, comme aussi ceux du roi Marsile sont, à plusieurs reprises, nommés ses barons.

(5) Lallier, n. 48.

Le titre de *prince* est le dernier en date. Il n'a été d'abord qu'une épithète, un qualificatif éveillant l'idée d'une primauté (*princeps*) [1]. Au XVIe siècle seulement, il devint un titre réservé aux possesseurs de certains domaines érigés en principautés [2]. La plupart du temps, d'ailleurs, l'érection régulière des principautés se trouva motivée par une usurpation préalable [3].

C'est une erreur de croire que ce titre de *prince* était, dans notre ancienne France, le plus éminent de tous. Au commencement du XVIIe siècle, Loyseau le plaçait après celui de *comte*. A la fin du XVIIIe siècle, il venait, dans l'opinion publique, après celui de *duc*. Dans certaines familles il n'avait qu'une importance secondaire, et les membres de ces familles ne s'en paraient que dans les actes où ils énumeraient tous leurs titres [4].

Du reste il était à peu près impossible, au temps de la féodalité, d'établir une hiérarchie des différents titres. S'il y en avait une pour les terres, il n'y en avait réellement pas pour les titres. La hiérarchie féodale ne comportait que la subordination des arrière-vassaux aux vassaux, de ceux-ci aux grands vassaux, et de ces derniers au roi. Ce ne fut que plus tard, après la disparition de la féodalité, que l'on chercha à établir un ordre hiérarchique des titres proprement dits. On n'arriva pas cependant à une règle sûre et précise, et la gradation descendante que l'on cite ordinairement de *duc, marquis, comte, vicomte* [5] et *baron* n'était pas admise sans contestation [6].

Les anciens titres de noblesse actuellement en usage sont

[1] Les *principes* sont simplement les principaux de la nation. Il y a quelquefois, à côté d'eux et avant eux, des *optimates*. Cf. Lallier, n. 49.

[2] Lallier, n. 49.

[3] L'usurpation consista à changer la *qualification* en *titre*, à changer l'acception première du mot *prince*. Cf. Lallier, n. 49, et p. 76, note 1 : Honoré Grimaldi, *seigneur* de Monaco, s'intitule, au XVIIe siècle, *prince* de Monaco.

[4] Lallier, n. 49.

[5] Aux *vicomtes* il fallait assimiler les *vidames* (*vice domini*), lieutenants de seigneurs ecclésiastiques.

[6] Lallier, n. 51. — Cf., sur l'impossibilité de classer les titres de noblesse, d'une façon précise, en *hautes seigneuries* (ducs, marquis, comtes et princes) et *médiocres seigneuries* (vicomtes et barons), Lallier, n. 52.

tous dus, ou à peu près, à la faveur du roi, qui, dès une époque très reculée, s'attribua exclusivement le droit de les conférer. La collation des titres se fit, d'ailleurs, de plusieurs manières. Elle résulta d'abord de la concession d'un fief ou d'un arrière-fief de dignité, dont le concessionnaire prit le titre (1). Plus tard, le roi, au lieu de cette concession, se contenta d'ériger en dignité un fief ou un arrière-fief déjà possédé et de faire, par exemple, d'un domaine un duché ou un marquisat, ce qui était en rendre le propriétaire duc ou marquis (2). Cette manière de procéder devint même inutile, lorsque les titres ne correspondirent plus à aucune souveraineté territoriale et qu'ils ne furent plus que de simples appendices décoratifs des noms (3). Dès ce moment, la concession directe des titres fut possible, sans la concession d'un fief ou l'érection de ce fief en dignité; mais il n'en fut ainsi, paraît-il, que vers la fin du règne de Louis XV (4).

Les titres de noblesse, une fois régulièrement conférés, ne pouvaient appartenir qu'à une seule personne : ils étaient indivisibles (5). A la mort de celui qui les portait, ils se transmettaient héréditairement, suivant des règles particulières (6), et étaient recueillis par l'aîné des enfants mâles, à l'exclusion des femmes et des puînés. Toutefois, assez fréquemment, les puînés recevaient l'attribution d'un domaine secondaire dont ils prenaient le titre (7). Quant aux femmes, elles pouvaient

(1) Ce mode de collation se maintint en matière d'apanages, avec cette précision toutefois que les rois déclaraient l'apanage réversible à la Couronne, pour le cas où l'apanagé ne laisserait pas de descendants. Lallier, p. 85, note 1.

(2) Lallier, n. 54. — Cf. *ibid.*, p. 85, note 1, ce qu'il dit des stipulations de réversibilité, au cas de décès du titulaire sans postérité mâle.

(3) Le titre demeura assez longtemps distinct du nom, même lorsque ce nom fut tiré de la terre qui donnait le titre. C'est ce qui explique les dénominations telles que celle-ci : *Henri de Montmorency, sire de Montmorency*. Le nom se transmettait à tous les descendants, le titre à un seul d'entre eux. Lallier, n. 55.

(4) Lallier, n. 54 et 55. — Il y eut des usurpations de titres nus, sans usurpation de noms de terre : Lallier, n. 55 *in fine*, cite celle de Chamillart, qui s'intitula *comte de* Chamillart.

(5) Lallier, n. 62.

(6) La transmission héréditaire était subordonnée à l'enregistrement des lettres de collation par le Parlement, la Cour des aides et la Chambre des comptes. Lallier, n. 56.

(7) C'est une erreur de croire que les puînés pouvaient prendre légitimement des

recueillir le titre de leur père, mais seulement à défaut de tout descendant mâle légitime (1). Du reste, quand elles le recueillaient, elles l'apportaient à leurs maris (2). Enfin, à défaut de descendance, même féminine, la transmission des titres se faisait en ligne collatérale (3), au profit de l'aîné des descendants par les mâles de celui à qui le titre avait été conféré, et la branche aînée était toujours préférée à une branche cadette, encore qu'elle ne fût représentée que par une femme. Mais cette transmission en ligne collatérale était soumise à l'agrément du roi (4).

La transmission des titres de noblesse ne pouvait avoir lieu qu'héréditairement et de la manière qui vient d'être indiquée (5). En particulier, la simple possession d'un fief de dignité ne suffisait pas pour conférer le titre de ce fief, quand on ne le possédait que pour l'avoir acquis du précédent propriétaire. Les lettres-patentes portant collation de titres interdisaient aux acquéreurs de la terre titrée d'en porter le titre. De plus, il était de règle que celui qui aliénait la terre érigée par le roi en dignité à son profit ou au profit de ses ancêtres perdait le titre du même coup (6).

titres inférieurs à ceux de l'aîné, et que, par exemple, le puîné d'un comte pouvait s'intituler vicomte. Les puînés, hors l'exception indiquée au texte, n'avaient droit à aucun titre. Mais il y avait, naturellement, des usurpations. Lallier, n. 63.

(1) Mais elles excluaient les descendants illégitimes. Sur la situation des bâtards au point de vue des titres de noblesse, cf Lallier, n. 64 et 65.

(2) Lallier, n. 64. — Sur l'usage des titres de noblesse de la femme par le mari et celui des titres du mari par la femme, cf. Lallier, n. 64, 70 et 71. — Il faut noter qu'un édit de 1711 vint limiter le droit pour les femmes de recueillir le titre de *duc*. Lallier, n. 64 et 67.

(3) Les titres ne remontaient jamais aux ascendants. Lallier, n. 67.

(4) Lallier, n. 67.

(5) Sur la transmission des titres par institution contractuelle ou testamentaire, cpr. Lallier, n. 66, 68 et 69. — Sur l'adoption testamentaire du droit romain, qui n'était autre chose, au fond, qu'une institution d'héritier à charge de prendre le nom, cf. Girard, p. 166 et 167.

(6) Lallier, n. 57. — Cette dernière règle fut souvent méconnue et, tout en aliénant la terre, beaucoup de nobles gardèrent le titre. Cf. Lallier, n. 59. — Il y avait deux autres causes de perte des titres de noblesse et de la simple noblesse elle-même, savoir : la dégradation de noblesse et la dérogeance. Sur la dégradation de noblesse, cf. D., *Rép.*, v° *Nom*, n. 21, 23 et 24. Sur la dérogeance, qui résultait de l'exercice du commerce et de certaines autres professions, cf. *ibid.*, *eod.* v°, n. 22, 23 et 24 ; Lallier, n. 46. — Le commerce de gros et le commerce mari-

L'usurpation des titres de noblesse par les acquéreurs de fiefs de dignité ou par toutes autres personnes qui y étaient sans droit ne pouvait être légitimée par aucune possession, fût-elle centenaire [1]. Elle fut d'ailleurs formellement prohibée, à maintes reprises, notamment par l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 258) pour les roturiers, et par diverses déclarations royales pour toutes personnes, nobles ou non. Mais la prohibition resta assez inefficace, du moins en ce qui concerne les nobles [2], qui échappaient aux peines prononcées contre les roturiers [3], et qui d'ailleurs finissaient par obtenir assez facilement du roi les titres attachés à la terre qu'ils acquéraient.

294 *bis*-XXXIII. Il faut rapprocher des titres de noblesse les qualifications nobiliaires de *chevalier* et d'*écuyer,* qui ne constituaient pas, à proprement parler, des titres véritables, puisqu'elles ne correspondaient à la possession d'aucun fief. Aussi, tandis que les titres de noblesse se portaient avant le nom, ces qualifications se portaient après lui.

Elles avaient été, d'abord, des qualifications militaires et féodales. Les chevaliers étaient les combattants qui avaient reçu l'ordre de chevalerie. Les écuyers étaient ceux qui n'ayant pas encore, vu leur âge, reçu cet ordre, portaient l'écu des combattants [4].

Mais, plus tard, ces qualifications cessèrent d'être prises dans leur acception originaire et devinrent purement honorifiques comme les titres de noblesse eux-mêmes. Celle de *chevalier,* qui avait été la récompense de la bravoure et de la loyauté, et qui avait pu appartenir à des nobles sans terre, même

time n'entraînaient pas dérogeance. Du reste, la dérogeance était plutôt une cause de suspension de la noblesse qu'une cause d'extinction.

[1] Lallier, n. 61. — Mais cf. pour les Flandres une déclaration royale en sens contraire du 3 mars 1699.

[2] L'usurpation était moins préjudiciable de la part des nobles que de celle des roturiers. De la part des nobles, en effet, il n'y avait qu'usurpation d'un titre. De la part des roturiers, au contraire, il y avait usurpation de la noblesse elle-même et des différents privilèges qui étaient attachés à cette qualité, *v. g.* exemption de certains impôts. Cf. Lallier, n. 58 et 60.

[3] Lallier, n. 58. — Les roturiers tournaient ou pouvaient tourner la loi, en acquérant un office de nature à leur conférer la simple noblesse.

[4] Lallier, n. 72.

à des roturiers, devint le privilège des nobles les plus élevés et constitua, à leur profit, une distinction héréditaire : elle devint ainsi la marque distinctive et caractéristique de la haute noblesse, de la noblesse titrée [1]. Quant à celle d'*écuyer*, par une fortune analogue, déviée de son sens militaire primitif, elle devint une qualification distinctive de la noblesse simple et non titrée. De la sorte, les deux qualifications de *chevalier* et d'*écuyer*, qui avaient correspondu à deux grades différents dans la hiérarchie militaire de l'époque féodale, correspondirent dans la suite, à deux degrés différents dans la hiérarchie [2] nobiliaire.

Cette simple noblesse, par opposition à la haute noblesse ou noblesse titrée [3], était celle des cadets de famille noble. On sait en effet [4] que les titres de noblesse ne passaient, dans chaque famille, qu'à l'aîné des enfants, tandis que les cadets ne pouvaient prendre que le nom sans le titre, du moins sans autre titre que celui qui était attaché au domaine titré secondaire qui avait pu leur être attribué. C'est donc à cette noblesse sans titre qu'ils pouvaient joindre la qualification d'*écuyer*. Et tel était le sens du viel adage : « Tout noble naît écuyer et peut devenir chevalier » [5].

La simple noblesse était aussi attachée à la possession de certaines charges, notamment des charges de judicature : tel était le caractère de la *noblesse de robe* [6].

Quant à la particule *de*, il est certain que, même dans l'ancien droit, elle n'eut jamais une valeur nobiliaire quelconque, ce qui n'empêcha pas, tout comme aujourd'hui, l'opinion publique de lui en prêter une ; et de là la fréquence des

[1] La qualité de chevalier appartint aussi aux membres des divers ordres de cour, qui furent créés dans la suite : ordres de l'Etoile, de Saint-Michel, du Saint-Esprit, de Saint-Louis. Cf. Lallier, n. 80 et 81.

[2] Au sens approximatif du mot, puisqu'il n'y avait pas de hiérarchie dans la noblesse de l'ancien régime : cf. *supra*, n. 294 *bis*-XXXII. — Cf. Lallier, n. 72 s.

[3] A la *simple noblesse*, et à la *haute noblesse*, il faudrait joindre la *noblesse illustre*, qui était celle des princes du sang royal. — Sur les princes du sang, cpr. Lallier, n. 83 et 84.

[4] *Supra*, n. 294 *bis*-XXXII.

[5] Lallier, n. 73. — Il y eut, du reste, beaucoup d'usurpations de la qualification de *chevalier*, cf. Lallier, n. 79. — Sur la simple noblesse, cpr. Lallier, n. 41 s.

[6] Cpr. Lallier, p. 95.

noms de terre ajoutés par de simples roturiers à leur nom patronymique [1].

294 *bis*-xxxiv. Si les privilèges nobiliaires furent abolis dans la nuit du 4 août 1789, les titres de noblesse leur survécurent quelque temps. Mais ils furent, à leur tour, abolis par un décret des 19-23 juin 1790, dont les dispositions furent réitérées dans la constitution de 1791 et sanctionnées pénalement par la loi des 27 septembre-16 octobre 1791 [2].

L'abolition des anciens titres de noblesse fut maintenue par le premier Empire, mais de nouveaux titres furent créés par Napoléon Ier : « L'objet de cette institution, disait le préambule du statut du 1er mars 1808, est, non seulement d'entourer notre trône de la splendeur qui convient à sa dignité, mais encore de nourrir au cœur de nos sujets une louable émulation, en perpétuant d'illustres souvenirs et en conservant aux âges futurs l'image toujours présente des récompenses, qui, sous un gouvernement juste, suivent les grands services rendus à l'Etat » [3].

Les titres impériaux n'étaient que des titres, ne conférant, en principe, aucun privilège, mais une simple distinction honorifique : on peut donc dire qu'il n'y a pas eu, en réalité, de noblesse d'Empire. Toutefois la possession des majorats à laquelle était subordonnée la transmission des titres, en rendant riches et influents ceux qui les portaient, les désignait, en fait, à la plupart des charges publiques [4].

La création des titres impériaux fut l'œuvre successive, d'abord du sénatus-consulte du 28 floréal an XII, qui créa les grands dignitaires de l'empire [5]; puis des décrets du 30 mars 1806, qui érigèrent des fiefs avec quelques droits souverains, dans les pays conquis, en faveur des membres de la famille impériale et de certains généraux [6]; enfin, des

(1) Planiol, I, n. 415; Surville, I, n. 84-V; Lallier, n. 44. — Lyon, 24 mai 1865, S., 66. 2. 343, D., 65. 2. 163. — Toulouse, 15 mars 1893, D., 93. 2. 332. — Trib. Perpignan, 1er août 1894, D., 1902. 1. 361. — Mais cpr. de Sémainville, p. 517 s.

(2) Planiol, I, n. 411; Surville, *loc. cit.*; Lallier, n. 85.

(3) Lallier, p. 141, note 2. — Cf. Planiol, I, n. 411; Surville, *loc. cit.*

(4) Lallier, n. 86.

(5) Lallier, *loc. cit.*

(6) Lallier, *loc. cit.*

décrets du 1er mars 1808, qui instituèrent les titres impériaux proprement dits, en les rangeant dans cet ordre hiérarchique : *prince, duc, comte, baron* et *chevalier* (1). Ces divers titres étaient attribués, soit de plein droit aux titulaires de certaines charges, soit concédés au gré de l'empereur. Ils se portaient en tête des noms patronymiques, et sans aucune particule (2). Ils n'étaient transmissibles qu'en ligne directe (3), légitime (4) ou adoptive (5), aux mâles seulement et par ordre de primogéniture (6). La transmission ne pouvait d'ailleurs en avoir lieu que sous certaines conditions (7), dont la principale était la création d'un majorat (8).

294 *bis*-xxxv. A son tour l'art. 71 de la charte de 1814 rétablit l'ancienne noblesse, que la Révolution avait abolie (9), tout en conservant les titres institués par le premier Empire (10). De plus, le roi reçut le pouvoir de faire des

(1) Lallier, n. 87. — La hiérarchie des titres impériaux ne comprend pas les titres de *marquis* et de *vicomte*, ni la qualification d'*écuyer*.

(2) Toutefois Napoléon Ier accorda aux plus illustres de ses généraux le droit d'accoler à leur titre de *prince, duc*, etc., le nom de l'une des batailles où ils s'étaient illustrés, *v. g.*, Ney, *duc d'Elchingen, prince de la Moskowa;* Lannes, *duc de Montebello,* etc. Lallier, n. 87.

(3) Par exception, les titres des archevêques et évêques se transmettaient à leurs neveux. Lallier, p. 148, note 2.

(4) Les enfants naturels ne succédaient pas aux titres impériaux. Lallier, n. 89.

(5) Les enfants adoptifs ne pouvaient recueillir les titres impériaux qu'avec l'autorisation de l'empereur, et s'il ne s'agissait pas des grands fiefs. Lallier, n. 89.

(6) Lallier, n. 89. — Toutefois, les enfants puînés pouvaient recevoir, sous certaines conditions, des titres inférieurs à celui de leur père. — De plus, même du vivant de leur père, les fils aînés pouvaient porter le titre immédiatement inférieur à celui de leur père, toujours sous certaines conditions. Lallier, n. 89 et 90.

(7) Sur ces conditions, cf. les décrets du 1er mars 1808, du 4 juin 1809 et du 5 mars 1810. — Les règles d'acquisition et de transmission du titre de chevalier étaient particulières et en corrélation avec l'institution récente de la Légion d'honneur. — Cf. Lallier, n. 88 s.

(8) L'un des deux décrets du 1er mars 1808 est entièrement relatif aux majorats, parmi lesquels il fallait distinguer les majorats *de propre mouvement* et les majorats *sur demande*. Cf. Lallier, n. 87, et les lois des 12 mai 1835, 7 mai 1849 et 22 avril 1905, art. 30 s.

(9) Un décret du 13 mars 1815, rendu pendant les Cent Jours, remit en vigueur les prohibitions des lois révolutionnaires, relatives aux titres de l'ancien régime. Cf. Lallier, p. 158, note 1.

(10) Toutefois, les princes de l'empire qui, plus tard, furent appelés à la pairie, furent qualifiés de *princes-ducs*, la hiérarchie de la Restauration ne comportant pas le titre de *prince*. Lallier, n. 98.

nobles à volonté [1]. Quant à la transmissibilité des titres nouvellement créés, d'abord réglée par les lettres de collation, elle fut soumise, par la suite, à certaines conditions générales [2]. Enfin l'ordonnance des 25 août-4 septembre 1817 vint décider qu'à l'avenir nul ne pourrait être appelé à la chambre des pairs, sans avoir, au préalable, formé un majorat [3].

Le gouvernement de la monarchie de Juillet ne modifia pas les règles établies par la Restauration [4], mais il usa très peu, en fait, du droit de conférer des titres, que la charte de 1830 (art. 62) avait maintenu au roi [5].

Mais, après la nouvelle Révolution, un décret des 29 février-2 mars 1848 abolit, une fois de plus, tous les titres, tant anciens que récents, il est vrai sans aucune sanction pénale à l'encontre de ceux qui continueraient à en faire usage [6].

Ils devaient reparaître légalement avec le second Empire, en vertu du décret du 24 janvier 1852, qui reconnut, en outre, au Chef de l'Etat le droit de conférer de nouveaux titres, sauf à prendre l'avis d'un conseil spécial, appelé *Conseil du Sceau*, dont l'institution remontait à une ordonnance de Louis XVIII, en date du 16 juillet 1814 [7].

294 *bis*-XXXVI. **Droit actuel.** — Actuellement, s'il est incontes-

(1) Planiol, I, n. 411 ; Surville, I, n. 84-V ; Lallier, n. 96. — Le roi s'arrogea, en outre, le droit d'accorder à son gré, sans l'avis préalable du conseil d'Etat, l'autorisation de faire précéder le nom d'une particule. Lallier, n. 126.

(2) Lallier, n. 97 s. — Sur les conditions spéciales auxquelles se trouvait soumise la transmission héréditaire du titre de *chevalier*, et, par lui, de la noblesse personnelle, cf. Lallier, n. 94.

(3) Lallier, n. 97. — Sur les conséquences du défaut de constitution d'un majorat et sur celles de l'extinction des majorats constitués, cf. Lallier, n. 99. — Il faut noter enfin la dérogation apportée par une seconde ordonnance des 25 août-4 sept. 1817 à l'indivisibilité des titres. Lallier, n. 98.

(4) Lallier, n. 100. — Toutefois la transmissibilité des titres conférés par le gouvernement de la monarchie de Juillet a uniquement dépendu des lettres-patentes de collation.

(5) Lallier, n. 100 et 126.

(6) Planiol, I, n. 411 ; Surville, I, n. 84-V ; Lallier, n. 100.

(7) Planiol, *loc. cit.*; Surville, *loc. cit.*; Lallier, *loc. cit.* — Cf. dans Lallier, p. 166, note 1, les règles de transmission des titres créés par le second Empire, qui furent, d'ailleurs, très peu nombreux. — Sur la Commission du sceau et le Conseil du sceau, cf. l'ordonnance du 16 juillet 1814 et le décret du 8 janv. 1859. Cpr. Lallier, n. 96, 100 et 184.

table que la forme républicaine du gouvernement s'oppose à ce que le Chef de l'Etat confère de nouveaux titres [1], il ne l'est pas moins que l'usage des titres, tant anciens que modernes, antérieurement conférés, est absolument licite [2].

De là, il suit que les titres de noblesse [3] peuvent figurer dans les actes de l'état civil [4] et qu'ils peuvent faire l'objet d'une demande en rectification des actes qui ne les mentionnent pas [5].

Mais ils ne constituent certainement plus un élément de l'état des personnes. S'il en était ainsi dans l'ancien droit, où la noblesse était une qualité personnelle entraînant de nombreux privilèges pour ceux qui en étaient investis, depuis le 4 août 1789 ces privilèges ont disparu, ainsi que la qualité à laquelle ils étaient attachés. Napoléon lui-même, en créant les titres impériaux, ne leur donna qu'une valeur purement honorifique [6]. A son tour, le rétablissement des anciens titres par la Restauration ne fut nullement une résurrection de la noblesse et de ses anciens privilèges, comme le prouve assez l'art. 62 de la charte de 1830 : « La noblesse ancienne reprend ses titres, la nouvelle conserve les siens. Le Roi fait

(1) Lallier, n. 101, et p. 168, note 1. Cpr. Borel d'Hauterive, *Ann. de la noblesse*, 1871-72, p. xiv. — Mais cpr. Batbie, *Droit public et administratif*, II, p. 28; Salveton, *Le nom*, p. 447 s. — Quant à la particule, qui n'est qu'une partie du nom, le droit de la concéder ne peut être exercé que suivant les formes prescrites par la loi du 11 germinal an XI, et, en fait, le gouvernement n'accorde jamais le droit de la porter à quelqu'un, si le nom de son père ou de sa mère n'en est pas précédé.

(2) Planiol, I, n. 409; Surville, I, n. 84-V ; Lallier, n. 101. — Sur les titres des princes des maisons régnantes, cf. Lallier, n. 102. — Sur les titres de *chevalier* et d'*écuyer*, cf. Lallier, n. 82. — Sur les titres étrangers, cf. Lallier, n. 108 et 109. — Sur les propositions d'abrogation des titres de noblesse, cf. enfin Lallier, p. 167, note 1.

(3) Cpr. pourtant Lallier, n. 82, pour la qualification d'*écuyer*.

(4) Lallier, n. 183. — Circulaire du Garde des sceaux du 19 juin 1858, D., 58. 3. 48, et circulaire du Garde des sceaux du 8 juill. 1874, citée par Lallier, *loc. cit.* — Colmar, 15 mai 1860, D., 60. 2. 140. — Req. rej., 26 oct. 1897, D., 97. 1. 584. — *Contra* : Rennes, 12 juin 1864, S., 64. 2. 195. — Cpr. Douai, 10 août 1852, S., 53. 2. 102. — Nîmes, 9 août 1860 et 6 mai 1861, S., 61. 2. 276 et 609. — Toulouse, 12 juill. 1862, S., 62. 2. 461.

(5) Lallier, *loc. cit.* — Trib. Perpignan, 1er août 1894 (2 jugements), D., 1902. 1. 361. Le jugement rendu, dans la deuxième espèce, dit que la demande en rectification peut être reçue sans inscription de faux préalable. Cf. *infra*, II, n. 940 *bis*.

(6) Lallier, n. 86.

des nobles à volonté ; *mais il ne leur accorde que des rangs et des honneurs, sans aucune exemption des charges et devoirs de la société.* » *A fortiori* doit-il en être ainsi maintenant, de telle sorte que les titres de noblesse, sans être un élément de l'état des personnes, constituent cependant un élément de leur identité, un appendice honorifique de leur nom (1), et jouent, dans une certaine mesure, le même rôle que les décorations (2).

Au reste les titres de noblesse sont parfaitement distincts des noms auxquels ils s'unissent. Il suit de là que l'usurpateur d'un nom ne couvre pas son usurpation en ajoutant au nom usurpé un titre de noblesse (3). Il en suit encore que la transmission des titres de noblesse n'est pas nécessairement liée à celle du nom : ceux-là continuent à obéir aux règles de transmission propres auxquelles ils étaient soumis à l'époque où ils furent créés. Notamment, pour ne parler que des titres de l'ancien régime, après la mort de ceux qui les portaient ils continuent à ne se transmettre qu'à une personne (4), et, dans la succession à ces titres, les descendants sont préférés aux collatéraux, les descendants par les mâles aux descendants par les femmes, les descendants mâles aux descendantes, l'aîné aux puînés (5). Le nom, au contraire, se transmet, sans distinction ni préférence, à tous les descendants par les mâles, quels que soient leur sexe et leur ordre de primogéniture (6). De même, alors que l'adoption fait

(1) Planiol, I, n. 412; Surville, I, n. 84-V; Lallier, n. 5. — Nîmes, 9 août 1860 (2 arrêts) et 6 mai 1861, S., 61. 2. 276 et 609. — Toulouse, 12 juill. 1862, S., 62. 2. 461. — Rennes, 13 juin 1864, S., 64. 2. 195, D., 65. 2. 137. — Paris, 8 août 1865, S., 68. 1. 111, D., 65. 2. 121. — Req. rej., 30 déc. 1867, S., 68. 1. 111, D., 68. 1. 49. — Paris, 18 juill. 1893, S., 94. 2. 85. — Civ. cass., 25 oct. 1898, S., 99. 1. 317, D., 99. 1. 166. — Cpr. Civ. cass., 1er juin 1863, D., 63. 1. 216. — *Contra :* Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée sur les questions d'état,* n. 194.

(2) La qualité de membre de la Légion d'honneur doit être indiquée dans les actes de l'état civil. — Cpr. *infra,* II, n. 822

(3) Trib. Seine, 10 août 1897, et Paris, 16 mai 1900, S., 1902. 2. 15, D., 1902. 2. 174.

(4) Lallier, n. 62, 103 et 104. — *Contra :* Lévesque, *Droit nobiliaire français,* n. 136 et 151 ; Tournade, *Des noms de famille et des titres de noblesse*, p. 129 s.

(5) Planiol, I, n. 413; Surville, n. 84-V; Lallier, n. 103 s. — Cpr. *supra,* n. 294 *bis*-XXXII.

(6) *Supra,* n. 294 *bis*-VIII.

participer l'adopté au nom de l'adoptant [1], elle ne saurait lui transmettre, à notre avis, les titres d'ancien régime [2] dont l'adoptant est investi [3]. En revanche, tandis que les noms ne se transmettent jamais qu'aux descendants par les mâles [4], les titres d'ancien régime [5] peuvent, sous certaines conditions, se transmettre aux descendants par les femmes [6] et aux collatéraux [7].

294 *bis*-XXXVII. Si l'usage actuel des titres de noblesse est licite, il semble logiquement que ce ne soit qu'à la condition de ne pas être contraire aux prescriptions du droit nobiliaire qui ont pour but d'assurer le maintien de leur dignité, et que ces prescriptions soient toujours en vigueur. On peut douter, en particulier, que les titres de noblesse puissent entrer dans une marque de fabrique, même lorsqu'il s'agit d'une marque de fabrique personnelle à ceux qui ont le droit de les porter [8]. *A fortiori* ne faudrait-il pas admettre qu'ils puissent être cédés, ainsi que les armoiries qui en sont les insignes [9], à une société commerciale, pour devenir la marque distinctive des produits fabriqués ou vendus par cette société [10]. Ils sont hors du commerce, comme les décora-

(1) Art. 347 C. civ. — Cf. *Tr. des pers.* de Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, V, n. 90 et 91.

(2) Il en serait autrement de certains titres d'Empire. — Cpr. Lallier, n. 89 et 106. — *Supra*, n. 294 *bis*-XXXIV.

(3) Lallier, n. 106. — Paris, 18 juill. 1893, S., 94. 2. 85, D., 94. 2. 7. — *Contra :* Demolombe, VI, n. 144 *bis;* Lévesque, *op. cit.*, n. 159.

(4) Mais les descendants d'une personne par les femmes ne peuvent se voir empêcher de s'en dire les descendants par ceux qui en sont les descendants par les mâles. Civ. cass., 10 nov. 1902, S., 1903. 1. 505, D., 1904. 1. 85. — *Contra :* Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52 (arrêt cassé par le précédent).

(5) Ici encore il en serait autrement des titres impériaux, qui ne se transmettent qu'aux descendants par les mâles et mâles eux-mêmes. Lallier, n. 89.

(6) Cpr. pourtant Lallier, n. 104 et 107, et p. 180, note 2.

(7) Lallier, n. 106. — Cpr. *supra*, n. 294 *bis*-XXXII. — Sur les règles actuelles de la transmission des titres de noblesse, soit anciens, soit modernes, cpr. Lallier, n. 103 s.

(8) Cpr. cep. Paris, 2 janv. 1896, D., 96. 2. 327. — Cpr. note sous Civ. cass., 25 oct. 1898, S., 99. 1. 117, D., 99. 1. 166.

(9) Sur les armoiries, cf. de Sémainville, *op. cit.*, p. 428 s.

(10) Civ. cass., 25 oct. 1898, S., 99. 1. 117, D., 99. 1. 166. — Mais cpr. Pouillet, *Tr. des marques de fabrique*, 4e édit., p. 180 et 181, texte et notes; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit., Suppl.*, v° *Marques de fabrique*, n. 51.

tions et comme les noms eux-mêmes, et on ne conçoit pas qu'ils puissent constituer l'objet d'un apport social, ni, au reste, d'un contrat quelconque.

294 *bis* XXXVIII. Pour toutes autres personnes que celles qui ont le droit de les porter, l'usage des titres de noblesse est absolument illicite et il est interdit de s'en parer.

Cette interdiction est réprimée de la même manière que l'usurpation d'un nom (1) et est assortie de sanctions analogues (2).

C'est d'abord une sanction pénale, celle qu'édicte l'art. 259 du C. pén. A la vérité, dans sa rédaction de 1810, ce texte ne punissait que l'usurpation des titres impériaux, les seuls à cette époque dont l'usage fût licite (3). Mais, en 1816, lors de la seconde édition de ce code, on substitua, dans le texte, les mots *titres royaux* aux mots *titres impériaux,* et ce changement de rédaction fut interprété dans le sens de l'extension à tous les titres, quels qu'ils fussent, de la même protection, conformément d'ailleurs à l'exposé des motifs de cette seconde édition (4). En 1832, au contraire, les dispositions de l'art. 259 relatives à la répression de l'usurpation des titres furent abrogées (5). Et elles ne furent rétablies que par la loi du 28 mai 1858 (6), qui, d'une manière générale, punit d'une amende de 500 francs à 10.000 francs le fait de prendre un titre auquel on n'a pas droit. Au surplus, aucune distinction n'est faite entre les différents titres, soit anciens, soit modernes : l'usurpation des uns est réprimée comme celle des autres, mais elle ne l'est que tout autant que le titre auquel on n'a pas droit a été pris publiquement (7-8).

(1) Cpr. Paris, 18 juill. 1893, S., 94. 2. 85. — Sur l'usurpation des titres de noblesse, cf. Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52, et Trib. conflits, 17 juin 1899, S., 1900. 3. 17.

(2) *Supra,* n. 294 *bis*-XV s.

(3) Cf. *supra,* n. 294 *bis*-XXXIV et XXXV.

(4) Lallier, p. 261, n. 1.

(5) Cpr. Lallier, n. 145.

(6) Cette loi réprime également l'usurpation des noms patronymiques. Cf. *supra,* n. 294 *bis*-XVI.

(7) Cf. *supra,* n. 294 *bis*-XVI, pour ce qu'il faut entendre par le mot *publiquement.*

(8) Lallier, n. 145 s. Lorsqu'il s'agit de l'usurpation d'un nom patronymique, l'art. 259 n'est applicable que si le nom a été usurpé en vue de s'attribuer une dis-

La seconde sanction réside dans le droit qu'il faut reconnaître au ministère public de poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil et des autres actes publics où a été pris indûment le titre (1).

Enfin, en troisième lieu, celui dont le titre a été usurpé peut intenter contre l'usurpateur une action civile en suppression de titre. A vrai dire, cette action est plutôt une action en suppression de nom titré qu'une action en suppression de titre. Les titres, en effet, ne peuvent aller sans un nom qui leur serve de support et dont ils sont une sorte de complément. L'usurpation d'un titre nu est donc impossible, ou, du moins, ne peut donner lieu à aucune action en suppression du titre usurpé. Pour que cette action soit recevable, il faut, ou bien que l'usurpateur du titre ait en même temps usurpé le nom, ou bien que, portant déjà le nom, mais sans titre, il y ait joint indûment celui-ci (2).

D'ailleurs l'action en suppression de titre peut être intentée sans que le demandeur ait à justifier que l'usurpation lui a causé un préjudice. A la différence des noms, les titres de noblesse, en effet, sont l'objet d'un véritable droit de propriété. Dès lors l'atteinte au droit existe par le seul fait de l'usurpation, indépendamment de tout dommage matériel éprouvé ou possible (3).

Quant à la preuve, que doit faire naturellement le demandeur (4), de son droit au titre usurpé, elle ne saurait résulter des seules indications contenues aux actes de l'état civil. Elle ne peut procéder, en principe, que de la production des lettres patentes de collation des titres ou d'érection des terres en dignité, et, à leur défaut, d'expéditions authentiques de ces lettres patentes (5), ou des registres des Parlements,

tinction honorifique ; mais cette condition est nécessairement remplie, lorsqu'il s'agit de l'usurpation d'un titre. Cpr. Lallier, n. 147.

(1) Cpr *supra*, n. 294 *bis* XVIII.

(2) Lallier, n. 5 et 158. — Trib. Seine, 19 juin 1878, D., 79. 2. 137.

(3) Planiol, I, n. 412. — Cpr. Civ. cass., 10 nov. 1902, S., 1903. 1. 505, D., 1904. 1. 85, et note.

(4) La même preuve lui incombe, quand il demande la rectification d'un acte de l'état civil le concernant, où le titre auquel il a droit ne se trouve pas indiqué. — Cf. *infra*, II, n. 940 *bis*.

(5) Lallier, n. 188.

Chambres des comptes et Cours des aides contenant les procès-verbaux de leur vérification et enregistrement. La jurisprudence tend, d'ailleurs, à admettre qu'à défaut de ces documents, les tribunaux peuvent tenir compte de la possession immémoriale et incontestée des titres par les ancêtres du demandeur, antérieurement à 1789 (1). Elle admet même la justification de la possession des titres par la prescription centenaire, encore que cette prescription ne se soit accomplie que depuis 1789 (2). Mais, de quelque manière qu'il fasse sa preuve, le demandeur doit toujours établir que, d'après les règles relatives à la transmission des titres de noblesse, il est le véritable ayant-droit au titre dont il poursuit l'usurpation (3).

294 *bis*-XXXIX. Les questions relatives à la collation, à la reconnaissance ou à la vérification des titres de noblesse échappent à la compétence de l'autorité judiciaire (4).

Sous le second Empire; ces questions furent de la compétence d'une assemblée spéciale, le *Conseil du sceau des titres*, qui avait été instituée par un décret du 8 janvier 1859. A la vérité, ce conseil avait déjà existé et fonctionné sous le premier Empire; mais il n'avait été appelé alors qu'à prononcer sur les demandes d'érection des majorats. La *Commission du sceau,* qui le remplaça sous la Restauration, instituée par une ordonnance du 15 juillet 1814, avait dans ses attributions, en outre de celles de l'ancien conseil, l'examen des demandes à fin d'obtention de titres et d'armoiries. Supprimée à son tour le 30 octobre 1830, et depuis cette date jusqu'au 8 janvier 1859, date du rétablissement de l'ancien *Conseil du sceau des titres,* ses attributions furent, dans l'intervalle, remplies par le Conseil d'administration du ministère de la justice (5).

(1) Cette possession ne peut, d'ailleurs, être établie qu'à l'aide de titres bilatéraux, signés par des personnes intéressées à la contester. — Cf. Agen, 28 décembre 1857, S., 58. 2. 97.

(2) Trib. Seine, 6 mars 1872, *Ann. noblesse,* 1873, p. 231.

(3) Lallier, n. 188.

(4) Angers, 29 juin 1896, et Req. rej., 10 nov. 1897, S., 99. 1. 337, note de M. Appert, D., 98. 1. 242. — Cpr. Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52.

(5) Lallier, n. 184.

Aux termes de l'art. 6 du décret du 8 janvier 1859, le *Conseil du sceau des titres* avait pour mission de donner son avis [1] : 1° sur les demandes en collation, confirmation et reconnaissance de titres que l'Empereur renverrait à son examen; 2° sur les demandes en vérification de titres [2]; 3° sur les demandes en remise de droits de sceau, et en général sur toutes les questions qui lui seraient soumises par le garde des sceaux [3].

Mais ce conseil a cessé lui-même d'exister en fait depuis le 4 septembre 1870, date à laquelle ses attributions furent transportées aux bureaux du ministère de la justice. La loi de finances des 16 septembre-2 octobre 1871 rendit la suppression effective, en supprimant le crédit affecté aux services de ce conseil. Enfin un décret des 10-11 janvier 1872 l'a aboli expressément et remplacé, quant au rôle particulier qu'il jouait, par le conseil d'administration du ministère de la justice [4].

C'est donc aujourd'hui ce conseil d'administration qui a seul compétence pour statuer sur les questions relatives à la collation, à la reconnaissance ou à la vérification des titres de noblesse, comme aussi pour trancher les contestations relatives à des titres dont il n'est justifié que par des documents inopérants [5]. En conséquence les tribunaux ordinaires, saisis de litiges où sont engagées de pareilles questions,

[1] Les avis du *Conseil du sceau des titres* revêtaient la forme de décrets, et leur autorité était absolue. Cf. Lallier, n. 187, et p. 352, note 1.

[2] Aux termes de l'art. 7 du décret du 8 janvier 1859, toute personne pouvait se pourvoir devant le garde des sceaux pour obtenir la vérification de son titre par le *Conseil du sceau des titres*.

[3] Ce conseil pouvait aussi être consulté sur les demandes en changement ou addition de nom, quand le changement ou l'addition devait avoir pour résultat d'attribuer une distinction honorifique à l'impétrant. Cf. Lallier, n. 184.

[4] Aubry et Rau, II, p. 267-268; Planiol, I, n. 414; Surville, I, n. 84-V; Lallier, n. 187.

[5] Trib. Péronne, 2 avril 1890, et Amiens, 24 déc. 1890, sous Req. rej., 17 nov. 1891, S., 93. 1. 25, note de M. Lallier, D., 93. 1. 244. — Angers, 29 juin 1896, et Req. rej., 10 nov. 1897, S., 99. 1. 337, note de M. Appert, D., 98. 1. 242. — Cpr. Toulouse, 18 janv. 1899, D., 1900. 2. 52. — Il n'en serait pas de même s'il ne s'agissait que d'une particule, attendu que la particule n'est ni un titre de noblesse, ni une qualification nobiliaire. Cf. Planiol, I, n. 416, et Bordeaux, 14 janv. 1861, S., 61. 2. 276.

doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que ce conseil ait donné son avis [1]. Mais ils demeurent naturellement compétents pour tirer toutes les conséquences juridiques des titres régulièrement conférés et possédés et pour réprimer les atteintes à ces titres ou leur usurpation [2].

§ II. *Des personnes morales, civiles ou juridiques* [3].

295. Les personnes étant seules susceptibles d'être les sujets de droits, on a été naturellement et logiquement conduit à personnifier des intérêts ou des œuvres qu'il importait

(1) Cpr. Lallier, n. 185 s. — Nimes, 9 août 1860 (2 arrêts), S., 61. 2. 276. — Agen, 28 août 1860, S., 61. 2. 276, D., 62. 2. 18. — Nîmes, 6 mai 1861, S., 61. 2. 609, D., 62. 2. 18. — Toulouse, 12 juil. 1862, D., 62. 2. 124. — Besançon, 6 fév. 1866, S., 66. 2. 75. — Cpr. Req. rej., 14 mars 1865, S., 66. 1. 435.

(2) Trib. Péronne, 2 avril 1890, et Amiens, 24 déc. 1890, précités. — Cpr. les conclusions de M. Desjardins, sous Civ. cass., 25 oct. 1898, D., 99. 1. 166. — Cpr. aussi Colmar, 15 mai 1860 (sol. impl.), D., 60. 2. 140. — Agen, 26 juin 1860, D., 60. 2. 140. — Metz, 31 juil. 1860, D., 60. 2. 137. — Rouen, 18 mars 1861, S., 61. 2. 609. — Civ. cass., 1er juin 1863, S., 63. 1. 447. — Nîmes, 11 mai 1875, S., 76. 2. 267. — Paris, 20 mai 1879, D., 79. 2. 137. — Paris, 18 juil. 1893, S., 94. 2. 85, D., 94. 2. 7. — Trib. conflits, 17 juin 1899, S., 1900. 3. 17, et notes de M. Hauriou, D., 99. 3. 106.

(3) Heisser, *Etude sur les personnes morales*, Paris, 1872 ; Piébourg, *De la cond. des pers. civiles* (Thèse, Paris), 1875, et *Rev. de lég. anc. et mod.*, 1876, VI, p. 82 s., 217 s., 485 s. ; Labbé, S., 81. 2. 249 ; *La Loi*, 27 août 1881 ; *Rev. crit.*, 1882, p. 345 ; Cassagnade, *De la personnalité des sociétés* (Thèse, Paris), 1883 ; Van den Heuvel, *De la situation légale des assoc. sans but lucratif*, 2e éd., Bruxelles, 1884 ; Sainctelette, *Des personnes morales* (*Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 239 s.) ; M. Vauthier, *Etudes sur les personnes morales*, Bruxelles, 1887 ; E. Worms, *De la liberté d'association à travers les âges*, 2e éd., 1887 ; Truchy, *Des fondations* (Thèse, Paris), 1888 ; Marc Sauzet, *Rev. crit.*, 1888, XVII, p. 296 s., 301 s. ; M. Mongin, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 697 s. ; de Vareilles-Sommières, *Du contrat d'assoc.*, 1893 ; *La synthèse du dr. int. privé*, 1897, II, n. 711, et *Rev. crit.*, 1895, p. 232 s. ; Geouffre de Lapradelle, *Théor. et prat. des fondations perpétuelles* (Thèse, Paris), 1895 ; Gondy, *De la person. jurid.* (Thèse, Paris), 1896 ; Didier-Rousse, *De la capacité juridique des assoc. en dr. civ. fr.* (Thèse, Paris), 1897 ; Epinay, *De la capacité juridique des assoc.* (Thèse, Lille), 1897 ; Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, 2e appendice, 1898, et *Rev. gén. du Droit*, 1898, p. 1 et 119 ; Michoud, *La notion de personnalité morale*, 1899 ; *Rev. de dr. publ.*, 1895, III, p. 407 s., et *Etude de dr. comparé sur la pers. mor. des assoc.*, *Annales de l'Univers. de Grenoble*, 1901, XIII, p. 27 s. ; Saleilles, *Etude sur l'hist. des sociétés en commandite*, *Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 10 et 49 s. ; 1897, p. 29 s., et *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1899, p. 265 s. ; *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris, 1902 ; Gierke, *Die Genossenshaftstheorie und die*

à la collectivité de voir prospérer. Pour leur permettre de mieux atteindre leurs fins, on leur a donné un corps, comme à de véritables personnes, et on les a introduits, avec le bénéfice de cette unité, dans la sphère du droit. Ce sont ces représentations d'intérêts qu'on appelait autrefois *corps et communautés*, et qu'on désigne aujourd'hui sous les noms divers de personnes *morales*, personnes *civiles*, personnes *juridiques*, personnes *mystiques* ou personnes *fictives*. Tous ces qualificatifs, plus ou moins bien choisis [1], ont cet objet commun d'opposer la personnalité abstraite de ces entités à l'individualité réelle et tangible des personnes physiques.

Cette personnalité leur était d'ailleurs, suivant leur nature, leur but et aussi l'état de la législation, plus ou moins nécessaire.

Certaines entreprises d'intérêt privé ne sauraient être facilement ou pleinement réalisées par les forces d'un seul individu et exigent un plus ou moins grand nombre de concours. Mais la forme même de l'association ne suffirait pas à leur réalisation si chacun des membres conservait jusque dans ce groupement son individualité distincte, ses droits et ses obligations propres. Son administration intérieure et les rapports de l'association avec les tiers seraient trop compliqués, s'ils devaient nécessiter l'intervention de chacun des associés; son crédit serait trop resserré, puisqu'elle n'aurait pas de biens qui fussent exclusivement à elle et qu'ils seraient la propriété de ceux-ci; elle serait à la fois sans unité et sans surface. Or, pour remédier à cette infirmité, on peut, ou bien, en altérant le caractère du type de l'ancienne *societas* romaine, faire apparaître une certaine unité collective

deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1897; Mestre, *Les pers. mor. et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899; *Série d'études sur le dr. d'assoc. dans les lég. étr.*, par MM. Clos, Worms, Grunebaum, Peschaud, Hannotin et Cahen, du Conseil d'Etat, Paris, Imprimerie nationale, 1899; Gény, *op. cit.*, p. 122 et 134 s.; Négulesco, *La personnalité morale* (Thèse, Paris), 1900; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 2 vol., Paris, 1901-03; Margat, De la condition juridique des assoc. non déclarées, *Rev. trim.*, 1905, p. 235; L. Crouzil, Des personnes morales, *Rev. Cathol. des Inst. et du Droit*, 1906, 1er sem., p. 211.

[1] Cf. Savigny, *Syst. de dr. romain*, trad. Guenoux, II, § 85, p. 238; Lainé, *J. Clunet*, 1893, p. 277, note 2; Planiol, I, n. 3008.

par la constitution d'un patrimoine spécialement affecté à l'objet commun, sans cesser de faire des associés les véritables sujets des rapports dans lesquels l'association s'engage, ou bien, avec plus de hardiesse, former de tous ses éléments actifs un faisceau si étroit qu'elle leur fasse perdre leur individualité personnelle au profit de l'association, qui a seule alors une réalité, des organes spéciaux, un patrimoine propre. La personnalité civile apparaît ainsi comme la figuration juridique et l'expression abrégée d'intérêts communs, auxquels elle apporte en même temps la puissance d'une « forte concentration ». C'est celle dont profite le premier type de personnes morales, les *universitates,* les *corporations* (1), ou mieux les associations *à but économique,* qui se proposent de servir les intérêts mêmes des membres qui les composent, et qui les servent plus utilement grâce à elle.

Mais il est d'autres œuvres qui sont conçues moins dans l'intérêt de ceux qui y participent que pour l'avantage collectif, la réalisation d'une idée ou l'accomplissement d'une fonction sociale. Quels que soient le nombre et l'activité de ceux qui y coopèrent, elles sauraient si peu être confondues avec eux que le plus souvent elles bénéficient beaucoup plus aux autres qu'à ceux qui leur assurent leur concours volontaire. Celles-là ne doivent leur vie qu'à elles-mêmes, c'est-à-dire au but qu'elles poursuivent : si elles ne peuvent la soutenir que grâce à des dévouements individuels, ce ne sont pas eux qui leur communiquent réellement le souffle qui les anime elles-mêmes. La personnalité est, en ce cas, plus qu'elle n'était tout à l'heure : elle constitue la reconnaissance de l'existence distincte de ces œuvres, leur incarnation juridique. C'est celle qui est conférée aux personnes civiles du second type, aux *établissements,* aux *fondations* (2), ou mieux aux associations *à but idéal ou non économique* (3).

(1) Ce terme est pris dans un sens extrêmement large.

(2) Ce terme est pris, lui aussi, dans une acception très étendue. Ces qualifications sont évidemment assez arbitraires : on les donne ici pour ce qu'elles valent.

(3) Cpr. Savigny, *Tr. de dr. com.*, trad. Guenoux, II, § 86, p. 239 s.; Capitant, p. 108 s.; Planiol, I, n. 3029; Surville, I, n. 541; Vauthier, *op. cit.*, p. 263 s. et 381 s.; Hauriou, *Précis de dr. admin.*, 5e éd., 1903, p. 86 et 87; Sauzet, *op. cit.*, n. 27 s.; Piébourg, *Rev. de lég. loc. cit.*, p. 85 s. — Cpr. la définition du contrat

296. Cette personnification, qui se montre ainsi comme une condition de puissance pour les groupements, et même de vie pour les œuvres, était-elle vraiment nécessaire, ou n'a-t-elle introduit dans le droit qu'une vaine et dangereuse complication? (1).

On a fortement soutenu que ces prétendus êtres abstraits, qu'on qualifie de personnes, n'étaient réellement, dans le fond, que des choses, c'est-à-dire « des biens collectifs, à l'état de masses distinctes..., soustraites au régime de la propriété individuelle » (2). Conçue seulement à Rome comme un état spécial de la propriété, sous sa forme collective, la personnalité fictive, a-t-on dit, aurait été principalement l'œuvre du droit canon, et de là elle aurait passé dans le droit civil, qui aurait reconnu à son tour l'existence des « êtres intellectuels » (3). Encore faut-il arriver jusqu'à la loi du 5 avril 1884 (art. 111) pour trouver dans un texte législatif cette expression même de « personnes civiles ». Mais, quelle q' ait été l'origine de cette notion d'une personnalité créée à l'image de la personnalité humaine, elle ne constituerait qu'une superfétation.

Ce qui prouve bien, prétend-on, que cette inutile fiction ne sert qu'à recouvrir la réalité de la propriété collective, c'est qu'elle intervient seulement lorsqu'il s'agit de pourvoir à la gestion d'un patrimoine commun considéré comme distinct du patrimoine individuel de ceux qui en profitent. C'est ainsi que la commune et le département sont réputés personnes civiles, parce qu'ils ont des biens, tandis que le can-

d'association par l'art. 1er de la loi du 1er juillet 1901 : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices.* » La société, au contraire, aux termes de l'art. 1832 C. civ., est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes « conviennent de mettre quelque chose en commun, *dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ».

(1) Cf. à ce sujet Gény, *op. cit.*, p. 122 et 134 s.

(2) Planiol, I, n. 3016 s. et 3044 s.; Van den Heuvel, *op. cit.*, p. 56 s. — Cpr. Ihering, *L'esprit du droit romain,* trad. Meulenaere, IV, p. 326 s.

(3) Planiol, I, n. 3009 s.; Saleilles, *Ann. de dr. com.*, 1895, n. 40 s.; Gény, *op. cit.*, p. 123, note 1. — Cpr. de Vareilles-Sommières, *La synthèse du dr. intern. privé,* 1897, II, n. 711.

ton et l'arrondissement se voient refuser la personnalité, malgré l'organisation administrative dont ils sont dotés, parce qu'ils n'en ont pas [1]. L'organisme le plus complet et le mieux défini ne la possède donc que tout autant que son fonctionnement exige une certaine quantité de biens : c'est pour lui permettre de les administrer plus aisément que les droits de tous les intéressés sont réduits à l'unité et fondus en un seul, le droit de la personne juridique, et que ce dernier est assimilé à un véritable droit individuel. Mais cette assimilation n'est nullement indispensable. Car, au lieu de soumettre de la sorte, par un procédé commode, cette forme de propriété commune aux règles des patrimoines particuliers, on eût pu tout aussi bien créer à son intention, et à raison de sa destination propre, qui était de faire servir les mêmes biens à plusieurs, un régime unitaire dans lequel les droits auraient été concentrés entre les mains d'un petit nombre d'individus, considérés comme les représentants de tous les autres. Et ce ne fut probablement que parce que « l'idée de représentation juridique n'existait pas encore au moment où la théorie de la personnalité fictive s'est formée », que, pour obéir à ce qu'on croyait une nécessité logique, la fiction l'emporta sur la réalité.

296 *bis*-I. Nous ne saurions adhérer à une conception aussi matérialiste. On ne veut y voir, en effet, derrière l'œuvre même la plus désintéressée, que les biens qu'il lui faut pour remplir ses fins, c'est-à-dire justement ce qui ne la distingue pas de toutes les autres et qui ne suffit pas à lui donner une individualité. Or les biens ne sont pour elle que des instruments plus ou moins utiles à ses desseins ; mais ce ne sont pas eux qui la constituent : c'est son objet. Et certaines œuvres, d'ordre intellectuel ou moral, peuvent même être très bien conçues comme dépourvues de tout patrimoine, ce qui n'empêche que leur existence distincte doive être reconnue dans la sphère juridique [2]. La théorie de la personna-

[1] On peut encore dire que le département n'a la personnalité morale que depuis qu'il y a des biens départementaux. Cpr. Hauriou, 5e éd., p. 413; Planiol, I, p. 983, note 2.

[2] Tel est le cas, par exemple, pour une association comme la Ligue contre la

lité pénètre donc seule jusqu'à l'essence vraie de la nature des corps qui en sont revêtus, en faisant apparaître l'idée qui les anime, dégagée pleinement de ses moyens de réalisation, la volonté collective qui, seule, les a créés avant qu'ils possédassent rien, et qui, seule, peut les soutenir, quelle que soit l'importance de leurs acquisitions ultérieures. Et peut-être est-ce dans ce caractère de la personnalité qu'il faut chercher la cause profonde de la différence que déjà à Rome, puis en droit canon, et enfin dans notre ancienne jurisprudence [1], on faisait entre les simples sociétés et les collèges ou communautés qu'on considérait seuls comme des personnes civiles. C'est que dans les unes, dit-on, les individus continuent à jouer le rôle prépondérant, tandis que dans les autres la personnalité de ceux qui les composent s'efface au profit de l'organisme nouveau. Peut-être serait-il plus vrai de dire que les sociétés civiles ou commerciales sont des organismes communautaires qui ne diffèrent de l'indivision proprement dite que par la vie plus intense que leur communique la spéculation pécuniaire qui en est l'âme, de telle sorte qu'elles ne consistent, au fond, que dans des masses de biens auxquels il s'agit de donner simplement l'exploitation la plus lucrative ; tandis que les corps véritables sont des organismes dotés d'une existence, d'un esprit et d'un ressort qui sont l'idée à la réalisation de laquelle ils travaillent, et qui se distinguent par là nettement, et des personnes qui leur apportent leur concours, et des biens matériels dont l'aide leur est plus ou moins utile. La personnification de ces derniers n'était donc que la reconnaissance naturelle de la vie indépendante dont ils vivent, tandis que la représentation des autres était seulement l'expression, nullement nécessaire, d'un certain état d'indivision.

S'il est donc peut-être permis de reprocher à la doctrine moderne d'avoir donné trop d'extension à la théorie de la

licence des rues, qui n'aurait guère besoin que d'un certain droit de poursuite. Et Pothier (*Des personnes*, part. 1re, tit. VII, n. 211) constatait déjà qu' « il y a des corps qui n'ont pas de biens ».

(1) Cf. Domat, *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. I, n. 1 et 3 ; *Encycl. méthodique, Jurisprudence*, v° *Communautés ;* Saleilles, *Annales de dr. comm., loc. cit.*

personnalité [1], il n'en reste pas moins que, dans certaines limites, elle répond à une réalité objective.

296 *bis*-II. La question est d'ailleurs de savoir, — et la portée de cette question serait extrêmement considérable s'il n'était vrai que, grâce à la souplesse de l'esprit du droit, « les idées théoriques sont souvent susceptibles de s'accommoder, en pratique, des solutions les plus divergentes » [2], — si, lors même qu'on tient pour la personnalité des corps auxquels elle est octroyée, on en est réduit à la considérer comme une pure fiction et ces corps comme des êtres collectifs imaginaires, ou si, quoique abstraits, ce ne sont pas des êtres réels doués comme tels d'une individualité véritable, au même titre que les personnes physiques. Or, si cette question ne s'est posée, dans notre pays du moins, que depuis peu de temps, de plus en plus nombreux sont les jurisconsultes qui la résolvent dans le second sens.

Dans la conception qui, naguère encore, régnait universellement en France, les personnes civiles ne sont que des êtres fictifs, dont l'existence factice est tout entière le produit de l'omnipotence de la loi, qui condescend à les doter d'organes indispensables à leurs fins. On observe, en ce sens, qu'il a fallu, pour les personnifier, un effort de l'esprit puisqu'il a fallu apercevoir derrière les collaborateurs de l'œuvre commune cette œuvre même, comprendre la nécessité de la distinguer de leurs individualités particulières, et que le résultat de cette abstraction, d'une élaboration déjà difficile, a dû être consacré par la loi. Pourvu d'une conscience et d'une volonté, la personnalité de l'être physique s'impose naturellement, puisqu'il apparaît par nature comme un sujet passible de droits, et ce ne serait que par un abus caractérisé que la loi pourrait la méconnaître. Privée de volonté et de conscience, au contraire, la personne civile ne peut être admise à pénétrer comme telle dans la sphère du droit que par la permission de la loi qui, fictivement, lui suppose l'une et l'autre, et l'appelle ainsi à la vie. Ainsi, ce ne peut être que la puis-

[1] Cf. à ce sujet, Planiol, I, n. 3016.
[2] Michoud, *Annales de l'Univ. de Grenoble, loc. cit.*, p. 37.

sance de la loi qui, par une création artificielle, et en réduisant des éléments divers à l'unité, fait disparaître derrière l'être qu'ils contribuent à former la multiplicité des individus qui lui prêtent leur concours dans des conditions plus ou moins différentes [1].

296 *bis*-III. Mais de très graves objections ont été élevées contre cette conception, qu'on a pu accuser de s'arrêter à la surface des choses. Et d'abord si la personnalité de certains groupements était une fiction, ce serait, en tout cas, une fiction nécessaire, en ce sens qu'il ne dépend pas du droit, dès qu'il est un peu développé [2], de l'admettre ou de ne l'admettre pas : première preuve que cette personnalité est un fait naturel bien plutôt qu'une pure invention législative. Puis, si les personnes juridiques n'étaient justement pas, par nature, susceptibles d'être les sujets de droits ou d'obligations, elles ne le deviendraient pas davantage en vertu de l'autorité de la loi, qui resterait impuissante à faire d'elles des organismes propres à la vie juridique. La vérité est qu'elle ne fait, en les personnifiant, que reconnaître leurs aptitudes naturelles à cette existence. C'est que, d'une part, ces organismes ont une réalité de fait indéniable qui précède nécessairement cette reconnaissance : ils ont un objectif déterminé, comptent des auxiliaires plus ou moins nombreux, sont riches de ressources plus ou moins grandes, et leur activité s'exerce en un certain lieu. Pour n'être pas physique, leur existence est concrète cependant : elle est simplement d'un autre ordre que celle des êtres de chair et d'os. Et cette existence est si peu une abstraction, que le plus souvent ce n'est qu'après qu'elle a acquis une certaine durée qu'ils s'enrichissent de la reconnaissance de la personnalité proprement dite, et qu'avant 1901, lorsque la puissance publique la leur refusait, la jurisprudence avait la tentation de la leur accorder sous la forme

(1) Savigny, *Système de dr. rom.*, II, § 89, p. 276 s.; Aubry et Rau, I, § 54, p. 269; Laurent, I, n. 288 s.

(2) Cf. sur l'histoire de la personnalité, Savigny, *op. cit.*, II, § 87 s., p. 243 s.; Vauthier, *op. cit.*; Beaune, *Condition des personnes*, p. 375 s.; Planiol, I, n. 3009 s.; Capitant, p. 110 s.; Surville, I, n. 542; Girard, *Manuel de dr. rom.*, p. 225 s.; Saleilles, *Ann. de dr. comm.*, 1895, n. 37 s.; Avril, *Les origines histor. de la dist. des établ. publics et des établ. d'utilité publique*, Grenoble, 1900.

de ce qu'on a qualifié de demi-personnalité [1]. Pourquoi, si ce n'est donc pour favoriser le développement d'une existence qui avait su déjà s'affirmer et d'une activité d'ailleurs reconnue licite ?

D'autre part et surtout, si la volonté est la base de toute personnalité, celle des communautés a tout autant de titres à se faire admettre que celle des êtres physiques. En elles se forme effectivement une volonté collective, tout aussi ferme et même le plus souvent moins capricieuse que celle d'un individu, qui se manifeste par les fins à la réalisation desquels elle tend et par le choix des moyens qu'elle emploie à les réaliser. Chacune a son âme et son caractère, qui la distinguent des autres. La volonté qui l'anime s'est faite des directions que ses promoteurs ont su imposer à leurs facultés de vouloir particulières, des abdications auxquelles ils se sont résignés dans un but qu'ils considéraient comme supérieur à leur propre liberté. Sa personnalité, elle la doit précisément à la diminution volontaire de leur individualité à eux, de telle sorte qu'elle apparaît comme naturellement distincte de la leur et qu'elle veut être reconnue par le droit tout aussi fortement que cette dernière [2].

Au surplus il semblerait que, par une suite logique de cette conception séduisante, il ne fallût reconnaître comme personnes juridiques réelles que les établissements ou corporations qui ne poursuivent pas des fins personnelles à leurs membres, parce que seules celles-là ont une existence qui est vraiment extérieure à ces derniers, tandis que dans les sociétés civiles ou commerciales, au contraire, les associés se proposent d'atteindre un but intéressé, pécuniaire, égoïste, et l'ac-

[1] On verra plus loin que, d'après le régime institué par la loi du 1er juillet 1901, les associations simplement déclarées possèdent cette demi-personnalité. Mais encore faut-il qu'elles soient déclarées. Quoique licites, depuis cette loi, au même titre que les autres, les associations qui ne sont ni déclarées, ni reconnues d'utilité publique, ne possèdent aucune personnalité, même restreinte (art. 2 de la loi).

[2] Gierke, *op. cit.;* Capitant, p. 124 s.; Hauriou, *op. cit.*, p. 88 s., et *Rev. génér. du dr.*, 1898, XXII, p. 5 et 119; Michoud, *Notion de pers. mor.*, p. 16 s.; Thaller, *Traité de dr. comm.*, 2e éd., 1900, p. 166 s.; Cassagnade, *op. cit.*, p. 113 s.; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 423 s.; Lainé, *J. Clunet*, 1893, p. 277 s. — Cf. Négulesco, *op. cit.*, p. 23 s.

cord des volontés particulières, loin d'avoir pour objet de les diminuer, ne se propose que d'en augmenter la puissance [1].

297. L'idée qu'on se forme du véritable caractère de la personnalité juridique semblerait devoir logiquement influer sur la détermination des conditions auxquelles est subordonnée la constitution des corps qui en sont investis. Si la personne juridique est un être réel, quoique abstrait, qui doive l'existence à une volonté commune, il semble bien qu'il n'ait pas à l'attendre d'une concession plus ou moins bénévole de la puissance publique et que toute association légalement constituée doive en avoir la qualité [2]. A l'inverse, si la personnification n'est qu'une fiction, il paraît alors qu'elle doit être nécessairement l'œuvre de cette puissance et que seule celle-ci donne la vie légale à un être purement intellectuel, qui, de lui-même, n'affirme pas suffisamment en fait son existence pour en imposer la reconnaissance au droit. Mais, si les théoriciens peuvent ainsi pencher librement, suivant leurs conceptions personnelles, vers l'un ou l'autre de ces systèmes, les législations, plus préoccupées des résultats pratiques, éprouvent aussi plus de difficultés à appliquer le même régime à tous les groupements, quel que soit celui vers lequel elles inclinent [3].

Dans aucun système, du reste, il ne saurait être question de disputer à l'autorité le droit de prendre certaines garanties contre les personnes civiles, tant la nécessité de ces garanties s'impose. D'une part, en effet, il importe à la sécurité de l'Etat que les moyens d'action dont disposent ces personnes ne deviennent pas assez formidables pour leur permettre de contrebalancer la puissance publique et de fausser le mécanisme du gouvernement : c'est le côté politique du problème. Mais, et c'en est la face économique, il n'importe pas

(1) Sauzet, *op. cit.*, p. 319, note 1, et p. 338, note 1; Mongin, *loc. cit.*; Saleilles, *Ann. de dr. comm.*, 1897, n. 49 s.; Planiol, D., 93. 2. 513. — Cpr. Hauriou, *Dr. admin.*, 4e éd., 1901, p. 103; Capitant, p. 128 s.

(2) Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., 1903, p. 88; Lyon-Caen, S., 95. 1. 66.

(3) Cf. à ce sujet l'étude de M. Michoud déjà citée, *Annales de Grenoble*, 1901, XIII, p. 27 s., les divers projets ou propositions de lois déposés depuis trente ans au sujet de la liberté d'association, et la loi du 1er juillet 1901, qui établit, sous certaines réserves, cette liberté. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 105, note 3.

moins à la société, d'autre part, de se prémunir contre les dangers d'une excessive concentration des biens et contre les maux de la mainmorte, car, l'existence des communautés étant susceptible de se prolonger indéfiniment, tandis que leurs aliénations sont généralement très rares, leurs richesses se trouveraient en fait retirées de la circulation et l'activité de la production en serait ralentie [1].

Mais, si le principe même des garanties n'est pas contesté, leur aménagement varie beaucoup suivant les lois ou les théories. D'après un premier système, toute association licite jouit de plein droit de la personnalité civile, mais reste assujettie à un contrôle qui porte, parfois sur son fonctionnement [2], ou plus souvent sur ses acquisitions, soit de meubles, soit surtout, et peut-être même exclusivement [3], d'immeubles, pour arrêter son enrichissement au delà d'une certaine limite. Dans une autre combinaison, proche encore de la précédente, du moins l'association doit-elle remplir certaines conditions, de publicité notamment, pour avoir droit au bénéfice de la personnalité ; mais l'administration peut la lui contester en certains cas, par exemple lorsqu'elle poursuit un but politique ou religieux, de telle sorte que les pouvoirs publics se réservent d'en apprécier la légitimité. Dans un autre régime enfin, qui est celui de la concession, et qui n'exclut pas d'ailleurs plus que les deux autres les garanties prises contre la mainmorte, la constitution des personnes morales est subordonnée à l'autorisation des pouvoirs publics, et le droit de s'associer apparaît comme tout à fait distinct du droit de jouir de la personnalité [4].

297 *bis*. C'est le dernier système qui avait été consacré, jusqu'à **1901**, par le droit moderne français, dans lequel c'était un axiome qu'une œuvre ou une collection d'intérêts

[1] Planiol, I, n. 3031 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 91 s.

[2] Cf. Saleilles, *op. cit.*, 1895, n. 47; Acollas, *Manuel de dr. civ.*, 2e éd., I, p. 16, et III, p. 443 s.; Lyon-Caen, S., 88. 1. 162 et 96. 1. 66; Meynial, S., 92. 1. 73; Beudant, D., 94. 2. 329; Charmont, *Rev. crit.*, 1895, XXIV, p. 205 s.

[3] Hauriou, *op. cit.*, p. 91 s. Les motifs sur lesquels notre éminent collègue fonde cette restriction ne nous paraissent nullement décisifs.

[4] Cf. sur ces systèmes ou sur la législation comparée, Michoud, *Ann. de l'Univ. de Grenoble, loc. cit.*, p. 29 s.

ne pouvait être investie de la personnalité que par l'autorité [1]. Cette personnalité y était conçue comme un attribut spécial qu'elles ne possédaient, si licites fussent-elles, que tout autant qu'il leur avait été conféré, et comme une force que la puissance publique mettait à leur service à bon escient et qu'elle était maîtresse par suite de leur refuser. Et la liberté d'association, dans les limites étroites où elle était alors reconnue aux citoyens, était demeurée, du moins en principe, tout à fait distincte de la liberté de la personnification [2].

298. Quelle était l'origine de ces principes? Cette question demeure encore à présent enveloppée d'une certaine obscurité.

A Rome, on prétend très généralement aujourd'hui que, si l'on ne pouvait y former une corporation qu'avec l'assentiment du pouvoir, cet assentiment une fois obtenu, la personnification en procédait naturellement et nécessairement. De deux choses l'une, donc : ou la corporation était illicite, ou, étant licite, elle jouissait alors de la personnalité. Tel serait le vrai sens du texte de Gaius : « *Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur* » (L. 1, D., *quod cujusc. univers.*, III, 4) [3]. Et c'est à tort que Savigny [4] aurait conclu, de ce que le prince pouvait seul accorder à une société ou à un collège le droit de constituer un *corpus*, que la concession du *corpus* était celle de la personnalité, qui faisait comme telle l'objet d'un octroi séparé [5]. Toutefois, si cette interprétation était fausse,

[1] Savigny, *op. cit.*, II, § 89, p. 274; Aubry et Rau, I, § 54, p. 269; Laurent, I, n. 288 s.; Huc, I, n. 210; Planiol, I, n. 3035 et 3038; Surville, I, n. 542; Capitant, p. 120 et 121; Weiss, p. 143; Vauthier, *op. cit.*, p. 286 s., 338 s.; Hauriou, *op. cit.*, 4e édit., p. 118; Ducrocq, *Cours de dr. administratif*, II, n. 1336; Laferrière, *Cours de dr. public et administ.*, I, p. 310 s.; Batbie, *Droit public et administ.*, V, n. 1; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n. 39 s.; Fuzier Herman, art. 7, n. 13; Sainctelette, *op. cit.*, p. 244 s.; Piébourg, *Rev. de lég.*, *loc. cit.*, p. 88.

[2] On sait que cette liberté était soumise, en principe, avant la loi de 1901, aux étroites limitations des art. 291 s. du code pénal et de la loi du 20 avril 1834. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 116 s.

[3] Cf. aussi L. 3, 1, D., *De colleg. et corpor.*, XLVII, 22.

[4] *Op. cit.*, II, § 89, p. 274 s.

[5] Mommsen, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, p. 119; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenreichts*, § 60, note 3; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, § 234. — Cf. Accarias, *op. cit.*, I, n. 185; Piébourg, *op. cit.*, p. 93; Vauthier, *op. cit.*, p. 42, 239 et 287 s.

on reconnaît que le droit romain n'avait pas élevé les sociétés ordinaires, civiles ou commerciales, au rang des personnes civiles [1]. N'est-ce donc pas qu'on concevait déjà la possibilité théorique de joindre ou non aux associations, suivant leur nature ou leur objet, le bénéfice de la personnalité, ainsi d'ailleurs que le donne tout naturellement à penser le texte même de Gaius?

Or, il nous semble également que cette conception n'a pas été étrangère à notre ancien droit. Le principe, appuyé par les légistes sur les textes du droit romain, posé par les édits du 21 novembre 1629, la déclaration du 7 juin 1639 et l'édit de décembre 1666 [2], et proclamé par le célèbre édit d'août 1749 dans toute son étendue, était qu'on ne pouvait faire corps de communauté « sans congé et lettres du roi » [3]. Et il est probable que, comme on le dit, la permission accordée une fois à la communauté en faisait du même coup une personne de mainmorte, investie comme telle d'une individualité distincte, pour laquelle elle n'avait pas à obtenir un acte spécial de reconnaissance, dont les textes anciens ne parlent pas.

Est-ce à dire que la personnalité restait ainsi complètement confondue dans l'autorisation d'exister que recevait l'association, et qu'on n'avait pas encore appris à les discerner? [4]. On peut hésiter à le croire. Et d'abord le passage suivant de Domat [5] suggère au moins un doute : « c'est une suite, dit-il, du droit de permettre les établissements des corps et communautés de leur permettre aussi de posséder des biens meubles et immeubles pour leurs usages. Et cette permission est particulièrement nécessaire pour la possession des immeubles. » Or, s'il est vrai que Domat fait ici, quant aux immeubles, allusion au droit bien connu d'amortissement, il n'en reste pas moins qu'il marque en même temps avec netteté la dis-

(1) Capitant, p. 111 s. — Cpr. Surville, I, n. 542.

(2) Loysel, *Instit. cout.*, liv. III, tit. III, règ. 23; Guy Coquille, *Cout. de Nivernais*, éd. Dupin, p. 228; Ferrière, *Dict. de dr.*, v° *Corps et comm.*; Bourjon, *Dr. comm. de la Fr.*, liv. I, tit. IV.

(3) Ferrière, *Dict. de dr. et de prat.*, v° *Corps et comm.*

(4) Pour l'affirmative, Capitant, p. 115 s.; Saleilles, *op. cit.*, 1895, n. 47.

(5) *Droit public*, liv. I, tit. II, sect. II, n. 15.

tinction du droit, pour l'association, d'exister et du droit de posséder, c'est-à-dire de se gérer comme une personne civile, puisque, dans les mains du souverain, la première des prérogatives lui apparaît comme engendrant la seconde. C'est donc qu'il n'eût dépendu que du roi d'user de l'une sans user de l'autre. On dit bien qu'en fait il ne semble pas que le roi, en autorisant une communauté, lui ait jamais refusé les attributs de la personnalité. Mais cependant on constate aussi que, de même qu'en droit romain, les sociétés de commerce autres que les sociétés par actions n'ont pas joui, dans notre ancienne jurisprudence, de ce bénéfice [1]. Or, si ces sociétés ne furent pas comprises parmi les communautés proprement dites, et si par suite la méconnaissance de leur personnalité ne se présente pas comme une exception à la règle, il reste encore qu'on concevait fort bien déjà, leur situation mixte le prouve, que la personnalité ne fût pas nécessairement liée au caractère licite de tout groupement, quel qu'il fût. Et nous ne prétendons pas autre chose [2].

La conception de la personnification comme une chose indépendante de la régularité des groupements, qui ne s'était pas ainsi complètement dégagée, au moins en fait, dans notre ancien droit, put prendre plus facilement corps avec le droit intermédiaire, qui proclamait le principe de la liberté d'association [3], en même temps qu'il détruisait peu à peu toutes les personnes de mainmorte. L'Etat se montrait par là à la fois favorable aux groupements et jaloux de leur personnification comme communautés. C'est que les abus de la mainmorte et de l'organisation corporative, qui, après avoir été un moyen de protection des intérêts, était trop souvent devenue un instrument d'oppression, montraient alors comme très désirable que l'Etat se réservât la prérogative de n'accorder la personnalité qu'aux associations dont l'utilité générale serait reconnue. Et la doctrine de Savigny, venant sur ces

(1) Saleilles, *op. cit.*, 1897, p. 29.

(2) Cpr. Planiol, I, n. 3037; Surville, I, n. 542. — Cf. aussi Viollet, *Précis de l'hist. du dr. franç., Droit privé*, p. 647.

(3) Loi des 13-19 nov. 1790; loi du 13 juin 1793; Const. du 5 fruct. an III (art. 360-364).

dispositions, ne put que les fortifier, en leur trouvant des antécédents jusque dans la législation romaine [1].

Enfin, lorsque la liberté d'association eut été confisquée elle-même aux individus par le code pénal de 1808 (art. 291) et que le gouvernement se fut attribué le droit exclusif de statuer sur la régularité des groupements, après en avoir apprécié le but, à plus forte raison dut-on considérer qu'il n'appartenait qu'à lui de les ériger, par une faveur plus pleine et pour en augmenter la puissance, en personnes juridiques.

299. Ainsi s'était établi dans le droit moderne français ce principe, si discutable, que l'autorité publique pouvait seule conférer à un groupement la personnalité civile. Ce principe n'avait d'ailleurs été posé en termes généraux par aucun texte formel; mais il ressortait nettement d'un assez grand nombre de dispositions, et notamment des art. 910 et 937 C. civ., qui ne laissaient jouir de certains des attributs de cette personnalité que les établissements dont l'utilité avait été formellement reconnue, comme des lois du 2 janvier 1817, du 24 mai 1825, du 12 juillet 1875, du 18 mars 1880, du 21 mars 1884, du 1er avril 1898 et d'autres encore, qui supposaient toutes ou exigeaient expressément, pour les associations dont elles s'occupent, qu'elles fussent munies de cette reconnaissance.

299 *bis*. Cette « reconnaissance » ou cette « déclaration », qu'on qualifiait *lato sensu* d'utilité publique, ne faisait pas d'ailleurs toujours, de la part de l'autorité publique, l'objet d'un acte individuel de concession, et elle n'émanait pas toujours des mêmes représentants de cette autorité. Suivant le but ou l'importance de la collection d'intérêts ou de l'œuvre qui la réclamait, suivant l'étendue du péril qu'elle pouvait faire courir à l'ordre social, les autorités compétentes étaient différentes, et l'autorisation pouvait être générale ou devait être spéciale. Ainsi la loi se montrait, en principe, plus favorable aux associations intéressées, qui ont un but de lucre et de spéculation ou qui poursuivent tout au moins des fins particulières, et dont l'activité profite ordinairement plutôt

[1] Capitant, p. 117 s.

qu'elle ne nuit à l'Etat, qu'aux associations désintéressées, qui, sous le couvert de leur désintéressement même, peuvent rechercher, dans le domaine social, politique, moral, intellectuel ou religieux, des fins qui peuvent lui porter ombrage et être jugées contraires à l'ordre public.

C'est pourquoi tantôt la personnalité civile était accordée de plein droit par la loi à toutes les associations qui remplissaient certaines conditions déterminées, variables suivant le but qu'elles se proposaient : tel était le cas notamment pour les sociétés commerciales (1), pour les sociétés civiles, du moins d'après les plus récentes décisions de la Cour de cassation (2), les associations syndicales libres (3), les syndicats professionnels (4), les sociétés libres de secours mutuels (5), les comités d'habitation à bon marché (6), et les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles administrées gratuitement (7).

Tantôt, au contraire, la reconnaissance devait être sollicitée et obtenue spécialement par chaque association, parfois même pour chaque établissement nouveau qu'elle fondait. Et alors, ou bien le législateur se réservait à lui-même la faculté de statuer sur la demande : il en était ainsi — sans parler des établissements publics proprement dits, qui, en tant qu'organes administratifs, ne peuvent se constituer qu'en

(1) Mais cpr. L. Guérin, *La société en nom collectif est-elle une personne morale? Rev. crit.*, 1902, p. 245. — A noter, d'ailleurs, que les associations en participation n'ont pas la personnalité morale. Cpr. Paris, 8 janv. 1900, S., 1903. 1. 185. — Civ. cass., 5 fév. 1901, S., 1902. 1. 405. — Req. rej., 7 mai 1902, S., 1902. 1. 504. — Cette personnalité appartient, en revanche, aux sociétés à capital variable. Cpr. Civ. cass., 22 avril 1901, S., 1902. 1. 5, note de M. Lyon-Caen. Elle leur appartient même, sans controverse possible, quel que soit leur objet, fût-il civil. Cpr. loi du 24 juil. 1867, art. 53.

(2) Req. rej., 23 fév. 1891, S., 92. 1. 73, note de M. Meynial, D., 91. 1. 337, et note. — Req. rej , 2 mars 1892, S., 92. 1. 497, note de M. Meynial, D., 93. 1. 169. — Req. rej., 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129, note de M. Lyon-Caen, D., 94. 1. 81, rapp. de M. Cotelle, et concl. de M. Cruppi.

(3) Loi du 21 juin 1865, art. 3 et 5, et loi du 22 déc. 1888.

(4) Loi du 21 mars 1884, art. 6.

(5) Loi du 1er avril 1898, art. 15. — La loi du 1er juillet 1901 laisse subsister expressément le régime antérieur pour les sociétés de commerce, les syndicats professionnels et les sociétés de secours mutuels (art. 21).

(6) Loi du 30 nov. 1894, art. 2.

(7) Loi du 4 juillet 1900.

vertu d'un acte de la puissance souveraine [1] — des congrégations religieuses [2], du moins en principe, et des établissements libres d'enseignement supérieur [3], qui ne pouvaient être reconnus que par une loi. Ou bien le législateur déléguait son pouvoir au Chef de l'Etat : la personnification, ou, pour la désigner par son nom technique, la reconnaissance ou la déclaration d'utilité publique, devait résulter d'un décret rendu en conseil d'Etat, et, suivant les cas, en assemblée générale ou en section [4]. Telle était même la règle générale applicable dans le silence de la loi [5]. Ou bien enfin ce pouvoir était délégué à une autorité inférieure, et c'était d'un simple arrêté préfectoral que procédait la reconnaissance : c'était le cas, avant la loi municipale du 5 avril 1884, pour la création des bureaux de bienfaisance [6], et c'était encore le cas pour les sociétés de secours mutuels dites « reconnues » [7].

300. Il semble bien que, dans le système étroit auquel s'était tenue notre législation, les attributs de la personnalité ne pouvaient appartenir, même en partie, qu'aux associations qui avaient bénéficié, dans les conditions indiquées, d'une reconnaissance formelle. Et toutefois la jurisprudence [8] et

(1) Cf. Planiol, I, n. 3022 et 3025.

(2) Lois du 2 janv. 1817 et du 24 mai 1825.

(3) Loi du 18 mars 1880, art. 7. — Le maintien de ce texte, non expressément abrogé par la loi du 1er juill. 1901, semble bien résulter du principe que les lois générales ne sauraient abroger tacitement les lois spéciales (*supra*, n. 119).

(4) Décret du 21 août 1872, art. 5-4°; décret du 2 août 1879, art. 7, et décret du 3 avril 1886.

(5) Planiol, I, n. 3038; Capitant, p. 136; Ducrocq, *op. cit.*, n. 1334; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 94.

(6) Loi du 24 juill. 1867, art. 14.

(7) Décret du 26 mars 1852, et loi du 1er avril 1898, art. 17.

(8) Req. rej., 20 fév. 1844, S., 44. 1. 302, D., 44. 4. 14 société d'arrosage). — Civ. cass., 21 mai 1851, S., 51. 1. 695, D., 51. 1. 124 (société d'arrosage). — Civ. cass., 30 août 1859, S., 60. 1. 359, D., 59. 1. 365. — Civ. rej., 3 juin 1861, S., 61. 1. 615, concl. de M. Dupin, D., 61. 1. 218 (communauté religieuse non reconnue par une loi). — Req. rej., 6 juill. 1864, S., 64. 1. 327, D., 64. 1. 324. — Crim. cass., 19 nov. 1865, S., 66. 1. 415, D., 66. 1. 455 (société de chasse). — Toulouse, 6 mars 1884, S., 87. 2. 187, D., 85. 2. 145, et note (communauté religieuse non reconnue par une loi). — Civ. cass., 25 mai 1887, S., 88. 1. 161, note de M. Lyon-Caen, D., 87. 1. 289, rapp. de M. Greffier, et note (sociétés hippiques). — Trib. comm. Seine, 2 août 1888, *Le Droit*, 18 août 1888. — Trib. civ. Langres, 5 déc. 1888, S., 89. 1. 175

même parfois la doctrine [1] avaient été conduites à en faire profiter d'autres associations que celles-là, et à créer, à côté ou au-dessous de la personnalité proprement dite, ce qu'on a appelé la demi-personnalité ou l' « individualité » [2]. Les nécessités pratiques de leur existence avaient déterminé cette remarquable création. A laisser leurs membres sous le régime de l'indivision pure et simple, et à fractionner ainsi les intérêts qui y étaient en jeu en autant de parts distinctes qu'il y avait d'associés, on rendait la sauvegarde de ces intérêts et la poursuite du but social trop difficiles. Ces difficultés devenant presque insurmontables lorsqu'il s'agissait pour elles de suivre des procédures, puisqu'elles exigeaient la mise en cause de tous leurs membres, on fut d'abord porté à les admettre à plaider par représentants. Et comme cette représentation offrait souvent le même caractère de nécessité lorsqu'elles étaient appelées à contracter, elle fut peu à peu étendue, quoique les arrêts ne soient pas explicites à cet égard, aux transactions amiables. Mais la suite naturelle de ces concessions devait être, en faisant apparaître de plus en plus l'unité de l'intérêt collectif au nom duquel agissaient les représentants sociaux, que cet intérêt finît par être considéré comme distinct des intérêts particuliers des divers ayant-droit et qu'on reconnût ainsi à leur groupe une individualité propre, sinon la vraie personnalité, et partant la possibilité d'avoir un patrimoine qui ne se confondît pas avec le leur [3], sinon d'acquérir à titre gratuit [4]. C'est pourquoi quelques

(société de tir et de gymnastique . — Dijon, 30 oct. 1889, S 90. 2. 16. — Req. rej., 2 janv. 1894, S., 94. 1. 129, note de M. Lyon-Caen, D., 94. 1. 81, rapp. de M. Cotelle et concl. de M. Cruppi (sociétés hippiques). — Limoges, 28 déc. 1895, S., 99. 2. 246. — Dijon, 15 mars 1899, D., 99. 2. 200 (société de pêcheurs à la ligne . — Limoges, 22 janv. 1900, D., 1902. 2. 422. — Cpr. Req. rej., 13 janv. 1903, S., 1904. 1. 73, note de M. Naquet.

(1) Planiol, 1re éd., I, n. 705 et 738 s. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 118 et 119.

(2) M. Planiol 1re éd , I, n. 738, écrivait que cette situation intermédiaire était restée inaperçue des auteurs qui écrivent sur le droit civil. Il eût été plus vrai de dire — car nous en avions nous-mêmes parlé après bien d'autres — que les auteurs s'étaient jusqu'alors montrés réfractaires à cette construction de la jurisprudence.

(3) Cf. sur cette évolution de jurisprudence, Planiol, 1re éd., I, n. 740 s.

(4) Req. rej., 2 janv. 1894, précité.

arrêts avaient dénié à des associés le droit de revendiquer leur part dans les biens acquis pour le compte de certaines associations, puisqu'ils étaient devenus par là la propriété de celles-ci [1].

Toutes les associations n'avaient pas été, à la vérité, admises au bénéfice de cette personnalité restreinte. Encore fallait-il, d'après la jurisprudence, qu'elles eussent été « instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique, dans un but d'intérêt général et public distinct de l'intérêt des particuliers qui les composaient », ou qu' « elles tinssent tant de la nature de leur objet que de l'adhésion de l'autorité publique à leur institution une individualité véritable ». Mais, d'une part, l'adhésion de l'autorité publique paraissait à la jurisprudence suffisamment résulter de l'autorisation administrative à laquelle était alors subordonnée la régularité de toute association, et elle l'avait même vue parfois dans ce fait que, de temps immémorial, l'association avait été admise à se faire représenter en justice par son syndic [2]. Et, d'autre part, elle avait entendu si largement cette condition que le groupement servît l'intérêt public, que, sur le fondement, sans doute, de cette idée très générale que toute union est bonne pour la collectivité par l'exemple de solidarité qu'elle donne, il lui était arrivé de la considérer comme réalisée dans des associations qui n'avaient manifestement d'autre fin que le bien personnel de leurs membres [3].

300 *bis*. Ces tendances devaient être nécessairement très critiquées au nom des principes de notre droit positif, qui ne paraissait guère avoir soupçonné l'existence de ce terme intermédiaire entre la personnalité véritable et l'absence complète de personnalité. Vainement invoquait-on d'abord en leur faveur l'intervention de l'autorité publique dans la constitution de ces associations; car cette intervention n'avait

(1) Req. rej., 1er juin 1869, S., 70. 1. 57, D., 69. 1. 313, note. — Civ. rej., 30 mai 1870, D., 70. 1. 277. — Req. rej., 19 juill. 1882, S., 84. 1. 215, D., 82. 1. 451.

(2) Req. rej., 6 juill. 1864, précité.

(3) Civ. rej., 25 juin 1866, S., 66. 1. 358, D., 66. 1. 334 (cercle). — Civ. cass., 19 nov. 1879, S., 80. 1. 56, D., 80. 1. 84. — Dijon, 15 mars 1899, précité (société de pêcheurs à la ligne). — Cpr. Civ. cass., 24 nov. 1875, S., 76. 1. 166, D., 76. 1. 115 (société de sapeurs-pompiers). — Cf. Planiol, 1re édit., I, n. 739.

évidemment d'autre objet que de leur enlever le caractère délictueux qu'elles auraient eu sans elle, puisqu'il leur était interdit de se former sans une autorisation administrative (1). La réglementation même par l'autorité de leur fonctionnement et de leurs opérations, telle que l'organisation des courses données par les sociétés hippiques et des paris dont elles sont l'occasion (2), n'était guère plus probante, puisque cette réglementation n'impliquait nullement par elle-même qu'elles fussent dotées d'une individualité véritable et qu'elle n'aurait entraîné ce résultat que tout autant que, sans personnalité, leurs opérations fussent devenues radicalement impossibles (3). C'était encore une forte exagération d'affirmer (4) que, lorsque les sociétés non reconnues de secours mutuels étaient autorisées à « s'administrer librement » (5), c'est-à-dire de toute évidence en dehors du contrôle des pouvoirs publics, on avait entendu par là les faire participer aux bienfaits d'une demi-personnification, sans laquelle elles n'auraient pas pu vivre. Et enfin la difficulté de statuer sans arbitraire sur le sort de chacune des associations non reconnues apparaissait comme très grande, lorsqu'on se demandait de quelle nature ou de quelle importance devait être le caractère de l'intervention publique dans sa vie et de quelle nature aussi devait être son propre objectif social, pour qu'elle pût être individualisée de la sorte (6).

La question était toutefois devenue infiniment plus délicate lorsque, la plaçant sur un autre terrain, on avait recherché si la notion de personnalité n'avait pas été conçue jusqu'alors d'une manière beaucoup trop étroite et appliquée avec trop

(1) Planiol, 1re édit., I, n. 744.

(2) Loi du 2 juin 1891.

(3) Cf. cep Planiol, 1re édit., I, n. 745.

(4) Planiol. *loc. cit.*

(5) Loi du 15 juill. 1850, art. 12.

(6) Aubry et Rau, I, § 54, p. 278, n. 30, et p. 279, n. 31 *ter;* Laurent, XXVI, n. 189; Guillouard, *Du cont. de société,* n. 7; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n. 136; Capitant, p. 135 et p. 164 et 165; Lyon-Caen, S., 94. 1. 129. — Cf. Req. rej., 29 juin 1847, S., 48. 1. 212, D., 47. 1. 342. — Douai, 11 juill. 1882, S., 83. 2. 49, note de M. Labbé, D., 83. 2. 153 et note. — Req. rej., 29 oct. 1894, D., 96. 1. 145, note de M. Thaller. — Douai, 25 janv. 1899, S., 1900. 2. 25. — Cpr. Trib. Langres, 9 nov. 1887, S., 88. 2. 119.

de raideur. Effectivement, nulle part la loi n'en avait fait la théorie générale et déterminé les conditions d'existence ou les effets : c'est la doctrine seule qui s'était appliquée à les dégager de ses dispositions éparses, et on sait quelle difficulté elle y avait éprouvée. Puis, ce qui montrait bien que cette théorie était moins arrêtée dans ses lignes essentielles qu'il ne le semblait, c'est que, sous l'ancien régime, comme d'ailleurs dans plusieurs législations étrangères, elle n'avait pas été étendue aux sociétés civiles et à toutes les sociétés commerciales, quoique leur patrimoine fût considéré comme affecté exclusivement à l'entreprise et comme indisponible pour tous ceux qui n'étaient pas chargés de la gestion. D'autre part, ne pouvait-on concevoir que cette séparation du patrimoine commun de celui des associés fût tout simplement le résultat de « l'autonomie de la volonté, modifiant, suivant les besoins pratiques, les formes traditionnelles de la propriété », et que le fonds social empruntât une sorte d'existence à l'existence même des ayant-droit ? Enfin la législation la plus récente ne prouvait-elle pas que le contenu de la personnalité est des plus variables, qu'il y a des degrés très nombreux entre la plus étendue et la plus resserrée, et que l'on avait donc senti le besoin de l'ajuster aux besoins des corps auxquels on la dispensait ? Et n'était-ce pas alors entrer dans les vues de la loi que de favoriser le développement de l'esprit d'association, en dotant les groupements qui étaient à la fois licites et utiles à la collectivité, sinon de tous les attributs de la personnalité, du moins des plus essentiels pour l'accomplissement de leurs destinées ?

Mais il restait encore à savoir si ces idées cadraient bien avec l'esprit général d'une législation qui, depuis le commencement du XIXe siècle, s'était montrée à ce point ombrageuse qu'elle avait, jusqu'alors, fait un délit de l'association même, à moins qu'elle ne fût autorisée, et si, à plus forte raison, quelle que fût la nature au fond de la personnalité, cette législation n'avait pas entendu se réserver absolument la faculté de la dispenser, soit en totalité, soit en partie, aux œuvres qui, à tort ou à raison, lui en auraient paru dignes.

300 *bis*-I. Mais, maintenant, il ne peut plus y avoir de con-

troverse à ce sujet, depuis que la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association (1), a institué un nouveau régime, dont on ne parlera d'ailleurs ici que pour ce qui touche à la personnalité.

Il faut noter d'abord que cette loi ne se réfère qu'aux associations désintéressées (2) : elle laisse en dehors de son domaine les sociétés proprement dites ou à but lucratif, soit commerciales, soit même civiles (3), qui, d'ailleurs, comme on le sait (4), jouissaient les unes et les autres de la personnalité, du moins d'après le dernier état de la jurisprudence.

Pour ce qui est donc des associations désintéressées, la loi de 1901 pose des règles nettes et précises sur la question de savoir si elles possèdent la personnalité morale, à quelles conditions elles la possèdent, et dans quelle mesure (5).

Cette loi établit d'abord une distinction fondamentale entre les congrégations religieuses, d'une part, qu'elle traite très sévèrement, et toutes les autres associations, d'autre part, envers lesquelles elle a fait preuve, au contraire, d'un assez grand libéralisme.

Les congrégations religieuses, soit d'hommes, soit de

(1) Cette loi a été complétée par deux décrets du 16 août 1901, et, en ce qui concerne les congrégations religieuses, par deux lois du 4 déc. 1902 et du 16 juil. 1903. On peut encore y rattacher la loi du 7 juillet 1904 sur la suppression de l'enseignement congréganiste. Sur la loi de 1901, cpr. Planiol, I, n. 3041 s.; Surville, I, n. 546 s.; Hauriou, 5e éd., p. 105 s.; Trouillot et Chapsal, *Le contrat d'association*, 1901-02.

(2) Il y a lieu de réserver aux associations à but non lucratif la dénomination d'*associations*, ou encore d'*associations proprement dites*. Les associations non désintéressées conservent le nom de *sociétés* ou de *sociétés proprement dites*.

(3) L'art. 21 de la loi écarte expressément son application aux sociétés commerciales. Mais, quoiqu'elle ne dise rien des sociétés civiles, on doit penser qu'elle ne les vise pas davantage, ainsi qu'il paraît bien résulter implicitement de l'opposition qui existe entre la définition qu'elle donne de l'association, dans son art. 1er, et celle que donne du contrat de société l'art. 1832 C. civ. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, p. 109.

(4) Cf. *supra*, n. 299 *bis*.

(5) La loi de 1901 écarte expressément son application aux syndicats professionnels et aux sociétés de secours mutuels (art. 21). Mais il semble qu'il faille aller plus loin et que cette loi soit inapplicable à toutes les associations non visées qui étaient déjà soumises à un régime légal spécial, par application du principe que les lois générales n'abrogent pas tacitement les lois spéciales. Cpr. *supra*, n. 119, et p. 353, note 3; Hauriou, 5e éd., p. 106.

femmes, ne pourront désormais se fonder sans avoir été autorisées par une loi, qui déterminera les conditions de leur fonctionnement [1]. On ne peut donc pas dire *a priori* si les congrégations religieuses qui viendraient à être autorisées dans l'avenir [2] posséderaient la personnalité morale et dans quelle mesure elles en jouiraient, puisque cette faculté dépendrait pour elles de la loi d'autorisation [3].

Mais, pour toutes les autres associations, la loi de 1901 établit un régime tout différent et infiniment plus libéral.

En effet les art. 291 et suiv. C. pén., qui interdisaient, en principe, les associations de plus de vingt personnes, sont abrogés [4]. Désormais les associations peuvent se fonder librement, sans avoir à obtenir l'autorisation préalable de l'administration, comme elles y étaient jusque-là obligées [5], à partir de ce chiffre, ni même à faire aucune déclaration.

La loi n'apporte que deux restrictions à ce principe de la liberté d'association, qu'elle consacre. D'abord cette liberté n'existe que pour les associations dont l'objet n'est contraire, ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, ni à l'intégrité du territoire national, ni à la forme républicaine du gouvernement [6]. Puis les associations qui seraient composées en majeure partie d'étrangers, celles qui ont des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger, « et dont les agissements seraient de nature, soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à

[1] Loi du 1er juill. 1901, art. 13. Décret du 16 août 1901, art. 16 s. — Même régulièrement autorisées par une loi, les congrégations religieuses ne peuvent fonder aucun nouvel établissement, si ce n'est en vertu d'un décret en Conseil d'Etat. De plus, les établissements de la congrégation peuvent être fermés, et la congrégation elle-même dissoute, par un décret rendu en Conseil des ministres.

[2] Quant aux congrégations non autorisées, elles sont illicites et ne sauraient avoir de personnalité morale. — D'autre part, pour les congrégations autorisées avant la loi de 1901, il faut distinguer selon qu'il s'agit de congrégations d'hommes ou de congrégations de femmes : ces dernières demeurent régies par la loi du 24 mai 1825 ; les premières le sont par l'acte d'autorisation.

[3] Cpr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, chap. XIV, n. 1.

[4] Loi du 1er juill. 1901, art. 21. — Cpr. Crim. rej., 28 fév. 1902, S., 1903. 1. 445.

[5] Le projet primitif exigeait une déclaration de la part de toute association ; mais cette exigence fut supprimée par la Chambre des députés, sur un amendement de M. Groussier. — Cpr. Planiol, I, p. 994, note 2 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 112.

[6] Loi du 1er juill. 1901, art. 3. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 109 et 110.

menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, dans les conditions prévues par les art. 75 à 101 du Code pénal », peuvent être dissoutes par un décret rendu en Conseil des ministres [1].

Il va sans dire que les associations illicites n'ont pas la personnalité civile, et que celles qui sont dissoutes, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, ne l'ont plus. Mais est-ce que, *a contrario*, toute association licite et non dissoute possède cette personnalité [2]? Non : il faut distinguer trois sortes d'associations : les associations non déclarées, les associations déclarées, et les associations reconnues d'utilité publique.

1° Les associations non déclarées n'ont pas la personnalité civile, même partiellement. La loi est formelle [3], et, par suite, le patrimoine commun qu'elles parviendraient à constituer, malgré tout, appartiendra aux associés, et non à la société, et sera soumis à un régime sur lequel il n'y a pas ici à s'expliquer [4].

2° Les associations déclarées [5], c'est-à-dire qui ont fait la déclaration de leur existence et déposé leurs statuts à la préfecture ou à la sous-préfecture de l'arrondissement du siège social, et qui ont rempli les autres formalités légales [6], ont la personnalité civile; mais elles ne l'ont qu'en partie et pour certains droits limitativement énumérés par la loi [7]. Leur

(1) Loi du 1er juillet 1901, art. 12.

(2) Sur l'esprit primitif du projet gouvernemental, cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 107, note 1.

(3) Loi du 1er juillet 1901, art. 2 et 17.

(4) Planiol, I, n. 3042; Hauriou, *op. cit.*, p. 115.

(5) L'existence d'associations *déclarées*, depuis la loi du 1er juillet 1901, doit faire écarter désormais l'expression de *déclaration d'utilité publique*, qui avait pu être, jusqu'à cette loi, assimilée sans inconvénient à celle de *reconnaissance d'utilité publique*. Aujourd'hui, cette expression pourrait créer une confusion. En effet, la *déclaration d'utilité publique* émane du gouvernement, tandis que la *déclaration* dont parle la loi de 1901 émane de l'association elle-même. De plus, cette dernière *déclaration* est une simple déclaration d'existence. Cpr. Planiol, I, p. 992, note 1.

(6) Loi du 1er juillet 1901, art. 5. Décret du 16 août 1901, art. 8-13. — Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 116 s.

(7) Loi du 1er juillet 1901, art. 2, 5 et 6. L'art. 6 est ainsi conçu : « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en

situation est, en somme, à peu près la même que celle qui était reconnue par la jurisprudence, avant 1901, aux associations licites poursuivant un but d'intérêt général [1].

3° Enfin les associations reconnues d'utilité publique, c'est-à-dire qui ont été déclarées telles par un décret rendu en conseil d'Etat [2], possèdent la plénitude de la personnalité morale et ont le droit de faire, sous certaines réserves strictement indiquées par la loi, tous les actes de la vie civile qui ne leur sont pas interdits par leurs statuts [3].

301. Il faut maintenant déterminer quelle est, en général, la situation légale des personnes civiles régulièrement organisées. Or elle dépend d'abord de la classe à laquelle elles appartiennent, et cette classification, qui est encore fort peu arrêtée, relève du droit administratif plutôt que du droit civil. Il suffit donc ici d'en indiquer les traits essentiels et les principales conséquences.

Une grande distinction peut être établie entre les personnes publiques ou administratives et les personnes privées. Les premières ont pour objet la gestion des services publics et sont comme telles des organes de l'administration publique du pays, qu'il s'agisse de l'administration centrale ou locale, générale ou spéciale. Ce sont les différentes branches de l'administration générale, représentées par l'Etat, et ses circonscriptions territoriales, ainsi que les établissements publics proprement dits [4]. Les secondes ont pour objet la réalisation des œuvres privées, que ces œuvres soient d'intérêt collectif et public ou qu'elles soient de pur intérêt privé,

justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des départements et des communes... » (suit l'énumération des éléments de son patrimoine).

(1) Cf. *supra*, n. 300 et 300 *bis; infra*, n. 303 *bis*-III.

(2) Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 93 s. et 120.

(3) Loi du 1er juillet 1901, art. 10-11. Décret du 16 août 1901, art. 1-7. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, p. 95.

(4) Cpr. Planiol, I, n. 3020 s.; Surville, I, n. 545; Capitant, p. 131 s.; Hauriou, *op. cit.*, p. 478 s.; Aucoc, *Confér. de dr. admin.*, 3e éd., I, n. 198. — Pour l'énumération des différentes personnes civiles, publiques ou privées, que nous ne croyons pas devoir donner ici, cf. Aubry et Rau, I, § 54, p. 270 s.; Laurent, I, n. 292 s.; Huc, I, n. 203 s.; Beudant, I, n. 1; Planiol, I, n. 3023 s.; Capitant, p. 131 s.; Hauriou, *loc. cit.*, et p. 93 s.

et, dans ce dernier cas, qu'elles poursuivent un but lucratif ou de simples avantages personnels. Les personnes privées elles-mêmes peuvent donc être subdivisées à leur tour en personnes purement privées ou d'intérêt privé, qui comprennent les sociétés proprement dites et les associations qui s'en rapprochent par leur but intéressé, et en associations proprement dites, qui poursuivent, malgré leur absence de caractère public, des fins désintéressées et partant utiles à tous (1).

Les associations proprement dites se subdivisent à leur tour, comme on l'a vu, en associations simplement déclarées (2) et en associations reconnues ou établissements d'utilité publique, qui se distinguent ainsi, parmi les personnes privées, tout à la fois par leur caractère désintéressé et par l'intervention du pouvoir dans leur constitution (3).

Les divisions et les subdivisions dont on vient d'essayer de préciser les termes ont leur intérêt pratique. D'une part les services publics personnifiés sont seuls naturellement à jouir, en principe, des prérogatives de la puissance publique, telles que les droits de lever l'impôt et d'exproprier, dont le droit civil n'a pas à s'occuper. Mais, en outre, ce qui est du domaine de ce droit, d'un côté ils sont seuls aussi à pouvoir invoquer l'hypothèque légale qui garantit la gestion des comptables (art. 2121-3°) ou à se prévaloir de certaines conditions de faveur pour leurs emprunts au Crédit Foncier (4), et, d'un autre côté, par mesure de surveillance, l'autorisation gouvernementale pour transiger leur est à eux seuls nécessaire (art. 2045, 3e al.), parce que seuls ils sont placés en principe sous la tutelle administrative (5).

D'autre part, si les associations simplement déclarées sont incapables d'acquérir à titre gratuit, et si les établissements

(1) Art. 1832 C. civ. et loi du 1er juillet 1901, art. 1.

(2) On laisse ici de côté les associations non déclarées, qui n'ont pas la personnalité morale.

(3) Sur la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique, cpr. Ducrocq, *op. cit.*, II, n. 1330 s.; Aucoc, *op. cit.*, n. 198 s.; Hauriou, *op. cit.*, p. 480; Planiol, I, n. 3038. — Req. rej., 28 oct. 1885, S., 86. 1. 436, note, D., 85. 1. 397.

(4) Loi du 6 juill. 1860 et loi du 26 fév. 1862.

(5) Planiol, I, n. 3021; Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 122; 5e éd., p. 95.

d'utilité publique sont certainement assujettis à l'obligation d'obtenir l'autorisation administrative pour l'acceptation des dons et legs [1], on tend à reconnaître que cette dernière règle ne s'applique pas aux sociétés civiles ou commerciales [2]. Puis ces diverses catégories de personnes sont, comme on le verra, dans une situation différente, lors de leur dissolution, sous le rapport de l'attribution des biens qui leur appartiennent. Et enfin les règles légales des associations, soit reconnues, soit simplement déclarées, sont sensiblement différentes des règles légales qui régissent les sociétés.

302. Abstraction faite de toutes ces distinctions, dont il n'y a pas lieu ici de préciser en détail les conséquences, quelle est la situation générale des corps qui ont la qualité de personnes juridiques? [3].

Elle était déjà analysée par la loi romaine en ces termes essentiels : « Quibus autem permissum est corpus habere... proprium est ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat » [4]. Domat [5] disait pareillement que « les communautés, légitimement établies, tiennent lieu de personnes, et leur union qui rend communs à tous ceux qui les composent, leurs intérêts, leurs droits et leurs privilèges fait qu'on les considère comme un seul tout ». Et Pothier [6] exprimait à son tour la même idée sous cette forme : « ces

[1] Art. 910 et 937 C. civ., loi du 4 fév. 1901, art. 5, et loi du 1er juillet 1901, art. 6 et 11.

[2] Planiol, 2e édit., I, n. 2009 s. ; Capitant, p. 155; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, II, n. 119 s. ; Thaller, *op. cit.*, n. 314, et Note, D., 96. 1. 145. — *Contra :* Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des don. et test.*, 3e édit., 1905, I, n. 228 s.; Cassagnade, *op. cit.*, p. 130 s.; Tissier, *op. cit.*, n. 358; Labbé, S., 81. 2. 249, et *Rev. crit.*, 1882, XI, p. 345. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, 5e édit., p. 778. — Trib. Seine, 30 mars 1881, S., 81. 2. 249, note de M. Labbé, D., 83. 2. 31.

[3] Le projet de la loi du 1er juillet 1901 contenait une définition générale de la personnalité civile : « La personnalité civile est la fiction légale en vertu de laquelle une association est considérée comme constituant une personne morale distincte de la personne de ses membres, qui leur survit et en qui réside la propriété des biens de l'association. »

[4] L. 1, 1, D., *quod. cujusc. universit.*, III, 4.

[5] *Dr. public,* liv. I, tit. XV, sect. 2, n. 2.

[6] *Des personnes,* I, tit. VII, n. 210.

corps sont des êtres intellectuels, différents et distincts de toutes les personnes qui les composent : *universitas distat a singulis.* »

Les attributs de la personnalité juridique se réduisent donc aux deux suivants :

1° Les corps qui en sont investis ont un patrimoine propre, distinct de celui des membres de l'association qui les constitue ou des individus intéressés à l'existence de l'œuvre qu'ils personnifient (*res communes, arca communis*). « Et en cela, observe Pothier [1], la chose appartenante à un corps, *res universitatis,* est très différente d'une chose qui serait commune entre plusieurs particuliers, pour la part que chacun a en la communauté qui est entre eux. » « Les biens et les droits d'un corps ou communauté, avait dit Domat [2] avant lui, appartiennent tellement au corps, qu'aucun des particuliers qui le composent n'y a aucun droit de propriété, et n'en peut disposer en rien. » De nombreuses différences secondaires, qu'il n'y a pas lieu d'indiquer ici, dérivent de ce caractère primordial que possède la personne civile d'être sujette de droits et d'obligations par elle-même et indépendamment de ceux qui la composent ou la représentent [3].

2° Les personnes civiles ont, pour agir en leur nom, soit à l'amiable, soit même en justice, un organe plutôt encore qu'un représentant proprement dit (*actor vel syndicus*). « De ce qu'un corps, écrit Pothier [4], est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut pas faire par lui-même tout ce que nous avons dit que les corps étaient capables de faire, comme de contracter, plaider, etc. Il est donc de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs procureurs, par l'organe desquels il puisse faire ces choses... Et le fait de ce syndic est censé le fait du corps... » Ce n'est donc que parce que la personne civile est censée agir elle-même, par l'organe de son représentant, que la règle traditionnelle « nul ne plaide en France par procureur » reste pour elle

(1) *Loc. cit.*
(2) *Loc. cit.*, n. 8.
(3) Planiol, I, n. 3045.
(4) *Loc. cit.*, n. 212.

sans application [1]. Mais, à vrai dire, on eût pu très bien la faire fléchir, sans inconvénient, en faveur même des associations qui ne sont pas revêtues de la personnalité, pour leur épargner de faire figurer individuellement tous leurs membres dans les procédures qui les intéressent, ce qui eût empêché la jurisprudence d'être tentée de leur en étendre le bénéfice, contrairement peut-être aux principes.

303. Si nos anciens auteurs ont ainsi très exactement défini le résultat général de la personnification, ils ne se sont pas appliqués à en déterminer avec précision l'étendue. Dans quelle mesure fait-elle des corps des sujets de droits, et jusqu'à quel point ont-ils la jouissance des différentes facultés légales? Cette question était, avant la loi de 1901, fort peu élucidée tant en doctrine qu'en jurisprudence, et elle restait d'autant plus douteuse qu'il y avait lieu de combiner, pour la résoudre, les principes du droit civil et ceux du droit administratif, et de tenir compte de l'objet de ces corps en même temps que de leur capacité.

Elle ne se posait pas, à la vérité, en ce qui touchait les droits expressément reconnus ou retirés, par des dispositions qui étaient devenues de plus en plus nombreuses dans nos lois récentes, à des personnes juridiques déterminées. Effectivement, ces lois avaient cru devoir, soit pour les renfermer dans l'objet qu'elles leur avaient assigné, soit pour en limiter la puissance, ne leur accorder que certains moyens d'action plus ou moins nettement précisés, et resserrer l'importance de leurs acquisitions, soit en meubles, soit en immeubles [2]. Et cette difficulté ne se présentait pas davantage, bien évidemment, quant aux droits qui ne figurent pas dans le patrimoine, tels que les droits publics, les droits de famille et ceux qui en dérivent, comme le droit de succession, car des personnes physiques seules, par nature, peuvent les posséder [3].

(1) Cpr. Planiol, I, n. 3044, 3045 et 3046.

(2) Cf. loi du 24 mai 1825, art. 4 et 5 (congrégations religieuses de femmes); loi du 21 mars 1884, art. 6 et 8 (syndicats professionnels); loi du 30 nov. 1894, art. 2 (comités des habitations à bon marché); loi du 1er avril 1898, art. 15 (sociétés de secours mutuels).

(3) Savigny, *op. cit.*, § 85, p. 236; Laurent, I, n. 299 s., 302 et 305; Capitant,

303 *bis* I. Mais quels étaient donc, en principe et à défaut de dispositions légales, les droits patrimoniaux qu'on pouvait reconnaître aux personnes juridiques? Le doute était d'autant plus permis à ce sujet qu'aucune conception relative à la nature et à l'origine de la personnalité n'emportait avec elle de solution nécessaire.

Y voyait-on une création tout artificielle de la loi? On pouvait comprendre que, tout en se réservant ce pouvoir de personnification, la loi fît du moins profiter les corps auxquels elle aurait donné la vie, des attributs de la personnalité dans toute leur ampleur, et que, précisément parce qu'elle en aurait surveillé la naissance, elle les dotât de tous les organes utiles à leur existence. Voulait-on que cette personnalité fût l'œuvre de l'autonomie des volontés individuelles? On était, à l'inverse, libre d'admettre, comme on l'avait d'ailleurs reconnu, que l'une des garanties que pouvait prendre la puissance publique vis-à-vis de ces organisations indépendantes, était justement de limiter les facultés qui leur appartiendraient, suivant leur nature. Et c'était si vrai que les lois qui avaient autorisé leur libre constitution étaient celles qui leur avaient le plus parcimonieusement dispensé la jouissance des facultés légales auxquelles elles attachaient le plus d'importance. Ce n'était donc pas, semble-t-il, de la simple logique qu'il fallait attendre la solution de cette difficulté de droit positif.

Ce n'était pas davantage, selon nous, de la tradition. On avait bien dit [1] que nos anciens docteurs avaient montré, en assimilant si volontiers les corps et les personnes physiques, qu'ils entendaient reconnaître aux premiers la même plénitude de droit qu'aux secondes, du moins dans la mesure où la nature des choses le rendait possible. Et Pothier [2] marque en effet, en termes explicites, que les corps et communautés

p. 136 et 145 ; Piébourg, *Rev. de lég.*, *loc. cit.*, p. 223 s. — Cf. cep. loi du 15 pluv. an XIII, décret du 19 janv. 1811, et loi du 10 janv. 1849, art. 3, aujourd'hui remplacées par la loi du 27 juin 1904, pour la tutelle des enfants trouvés et abandonnés, et loi du 24 juill. 1889 pour celle des enfants maltraités ou moralement abandonnés, tutelles qui peuvent appartenir à des personnes publiques.

[1] Capitant, p. 145.

[2] *Loc. cit.*, n. 210.

peuvent « à l'instar des personnes, aliéner, acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux ». Mais cette constatation était peut-être de peu de poids, puisque dans notre ancien droit la reconnaissance d'un corps entraînait en fait, nécessairement, sa personnification, et que la puissance publique n'avait pas encore pris l'habitude d'accorder ou de refuser la personnalité aux groupements régulièrement formés, ou, lorsqu'elle l'octroyait, d'en doser les attributs, comme depuis elle en avait pris l'habitude, suivant que leur situation lui paraissait plus ou moins favorable. Dans le droit moderne, au contraire, il pouvait sembler conforme aux errements nouveaux que les personnes civiles eussent seulement la jouissance des droits qui leur étaient vraiment nécessaires pour poursuivre leurs fins, et que l'Etat ne se départit de sa jalouse surveillance que dans la mesure où il le fallait pour ne pas entraver leur fonctionnement.

Enfin nous ne pensons pas non plus qu'on pût se borner, pour reconnaître à ces sujets de droits la capacité la plus étendue, à observer [1] qu'ils sont désintéressés et que, notamment, il doit d'autant plus leur être loisible de recevoir des libéralités qu'ils n'en useront que pour donner à leur tour. Car, d'un côté, ils n'ont point tous le caractère qu'on leur prête, et, d'un autre côté, l'eussent-ils, qu'ils pourraient justement en abuser, comme il est évident que notre législation le redoutait et le redoute encore tout spécialement de leur part, dans des vues qui n'auraient rien de conforme à l'intérêt public.

Il ne restait donc, pour résoudre cette difficile question, qu'à essayer d'induire le principe cherché des textes formels qui avaient déterminé la capacité de certaines personnes juridiques. Or, en précisant les actes, d'acquisition spécialement, auxquels elles étaient autorisées à se livrer, ces textes semblaient bien le plus généralement se présenter comme des restrictions apportées à leur initiative et à leur capacité, qui dès lors, de droit commun, devaient être naturellement plus lar-

[1] Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 111, note 1. — Cpr., 5e éd., p. 90, note 1.

ges. En limitant, par exemple, leur capacité d'acquérir à titre gratuit aux libéralités faites à titre particulier, ou leur capacité de posséder aux meubles ou aux immeubles indispensables à leurs réunions, ils paraissaient bien plutôt leur retirer des facultés qui leur auraient naturellement appartenu que leur en concéder qu'elles n'eussent pas pu exercer sans eux. De ces deux systèmes de garanties, qui consistaient, l'un à déterminer d'une façon positive la sphère dans laquelle ces personnes pourraient seulement évoluer, et l'autre, d'une façon négative, celle dont il leur serait défendu de sortir, on semblait autorisé à croire que c'était au dernier que se rattachaient toutes les dispositions restrictives de notre droit. Et ce qui fortifiait cette supposition, c'est qu'elles n'auraient pu le plus souvent suffire, s'il avait fallu s'y tenir uniquement, à circonscrire avec exactitude l'étendue de la capacité des groupements reconnus. N'était-ce donc pas qu'elles impliquaient par elles-mêmes que, pour les personnes civiles comme pour les autres, la capacité était le principe et l'incapacité l'exception?

Fondée sur ces motifs, cette solution aurait été enfin corroborée, jusqu'à un certain point, par le caractère de créations spontanées des volontés privées qu'on aurait reconnu à ces personnes, puisqu'elles devaient participer par là de la capacité de ceux qui avaient contribué à leur formation. Nous avons bien dit que la loi aurait pu, par mesure de précaution, limiter justement leur capacité propre. Mais encore aurait-il fallu qu'elle l'eût fait, et on vient de voir que rien n'était moins démontré [1].

[1] Aubry et Rau, I, § 54, p. 281; Capitant, p. 145 s.; Piébourg, *De la cond. des pers. civ.*, p. 170 s.; Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 122, et *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, II, n. 119; Bry, *Lég. industr.*, p. 264; Heisser, *op. cit.*, p. 156 s; Planiol, D., 95. 1. 217; Thaller, D., 96. 1. 145. — Trib. Seine, 30 mars 1881, S., 81. 2. 249, note de M. Labbé. — *Contra :* Laurent, I, n. 304; Beudant, I, n. 1; Vauthier, p. 341 s.; Weiss, p. 144; Fuzier-Herman, art. 7, n. 50; Béquet, *Personnalité civile des diocèses*, p. 15 et 35; Th. Tissier, *Traité des dons et legs faits aux établissements publics*, n. 132; Camberlin, *La Loi*, 8 mai 1881. — Cpr. Thaller, *Tr. de dr. comm.*, 2e éd., p. 166 s.; Lot, *Des libéralités aux soc. civ. et comm.* (Thèse, Paris), 1895, p. 113 s.; Beudant, D., 79. 1. 5; Labbé, S., 81. 2. 249, et *Rev. crit.*, 1882, XI, p. 345; Cassagnade, *op. cit.*, p. 130 s. — Trib. Dunkerque, 28 mars 1878, S., 79. 2. 337, D., 80. 3. 55. — Cour Liège, 20 juill. 1880, S., 82. 4. 1, D., 81. 2. 41. — Avis Cons. d'Etat, 13 avril, 7 et 13 juill., 2 déc. 1881,

303 *bis*-II. Est-ce à dire que, si la capacité des personnes civiles devait être réputée en principe pleine et entière dans le domaine des biens, elle ne trouvait pas une limite dans la nature particulière de l'objet même qu'elles poursuivaient ? Ceci était une tout autre question : c'était celle de l'existence, réelle ou hypothétique suivant les opinions, de ce qu'on est convenu d'appeler le principe de la spécialité. On devait se demander, en effet, si ces personnes pouvaient utiliser les aptitudes qu'on leur reconnaissait à toutes fins, ou seulement pour la réalisation de celles en vue desquelles elles avaient été spécialement instituées. Et il apparaît dès lors que, si on se prononçait dans le dernier sens, du coup c'était leur capacité même qui, de fait, en était resserrée, puisqu'elles n'auraient pu l'employer qu'en faveur d'œuvres définies.

Or c'est vers cette opinion que nous inclinions fortement, et c'est elle qui depuis le commencement du XIXe siècle avait été consacrée très fermement par le Conseil d'Etat en matière d'autorisation d'acceptation des libéralités faites à ces personnes, quoique sa jurisprudence eût souvent varié dans le détail de l'application (1).

Dégagée de ses éléments accessoires (2), la question reve-

S., 1882, *Lois annot.*, p. 356 et 357; 27 fév. 1890, *Notes de jurispr. du cons. d'Etat*, p. 194. — Grenoble, 18 avril 1889, S., 91. 2. 145 et note. — Toulouse, 4 nov. 1890, S., 91. 2. 151. — Civ. cass., 31 janv. 1893, S., 93. 1. 345 et note, D., 93. 1. 513, note de M. Kœhler. — Avis cons. d'Etat, 18 mars 1897, *Rev. d'adm.*, 1897, III, p. 172.

(1) Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n. 262 s., et Béquet, *Rép. de dr. adm.*, v° *Dons et legs*, n. 262 s.; Ducrocq, *Rev. de dr. publ.*, 1894, I, p. 67 s.; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p 164 et 187; Beudant, D., 79. 1. 5, et la jurisprudence du Cons. d'Etat, analysée dans les traités de droit administratif et dans Béquet, *Rép. de dr. adm.*, v° *Dons et legs*, n. 226 s. — Grenoble, 18 avril 1889, S., 91. 2. 145 et note. — Trib. Riom, 27 oct. 1893, sous Riom, S., 95. 2. 295. — *Contra :* Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 111, note 1, p. 508 s. et p. 809 s.; 5e éd., p. 779 s.; Piébourg, *De la cond. des pers. civ.*, p. 30 s., et *Rev. de lég. anc. et mod.*, 1876, p. 207; Marquès di Braga et Lyon, *Traité de la comptabilité de fait*, n. 187; Planiol, D., 95. 1. 217; Meynial, S., 96. 1. 130. — Cpr. Capitant, p. 148 s. — Civ. cass., 31 janv. 1893, S., 93. 1. 345 et note, D., 93. 1. 513, note de M. Kœhler. — Chambéry, 21 juin 1893, S., 95. 2. 124, D., 94. 2. 157. — Civ. rej., 26 mai 1894, S., 96. 1. 129, note de M. Meynial, D., 95. 1. 217, note de M. Planiol. — Toulouse, 9 août 1894, S., 95. 2. 77.

(2) Il va de soi qu'on ne peut pas donner ici à cette discussion les développements qu'elle doit avoir en droit administratif.

nait en somme à celle-ci : les personnes civiles pouvaient-elles, tout en ayant la prétention de ne pas changer de nature, ajouter à leur objet primitif des objets différents et cumuler ainsi plusieurs caractères ?

Mais d'abord cette question ne paraissait pas en être une quant aux personnes publiques, qui, créées pour la gestion des services administratifs, dans des vues plus ou moins justes de décentralisation, ne sauraient sortir de leurs attributions sans jeter le trouble dans cette organisation et compromettre la marche de ces services. La répartition des fonctions exige que chacune s'enferme dans sa spécialité [1]. Puis cette question ne paraissait pas plus douteuse quant aux associations ou aux sociétés proprement dites auxquelles la loi accordait la faculté de se constituer librement, en raison de la nature même de leur objet, qui lui paraissait digne d'être encouragé : comment eussent-elles été admises à remplir d'autres fonctions que celles qui leur avaient fait accorder ces facilités de constitution, tout en ayant la prétention de se conformer à la loi qui fixait, avec une précision minutieuse parfois, les conditions de leur fonctionnement [2] ?

Mais alors aussi, comment les personnes civiles obligées de se pourvoir d'une reconnaissance en forme auraient-elles été dans une situation différente ? Cette reconnaissance et leurs statuts ne concouraient-ils pas à déterminer leur genre spécial d'activité, et comment auraient-elles été libres, sans violer la charte de leur institution, de la modifier de leur autorité privée ? On a dit sans doute que, la liberté d'initiative étant le principal ressort des associations privées, elles devaient pouvoir cumuler plusieurs objets, si elles ne jugeaient pas ce cumul au-dessus de leurs forces [3]. Sans doute ce cumul pouvait être aussi réalisable que désirable, mais à la double condition, d'abord qu'il fût autorisé, comme, par hypothèse, leur formation même, auquel cas la difficulté s'évanouissait, et ensuite qu'il ne réunît pas des objets si hétérogènes que l'association en devînt hybride et n'appar-

(1) Planiol, 1re éd., I, n. 719 et 721. — Cpr. cep. Hauriou, *loc. cit.*
(2) Planiol, 1re éd., I, n. 720.
(3) Planiol, 1re éd., I, n. 719.

tînt plus à aucun genre déterminé, auquel cas il eût été impossible de découvrir les règles qui lui étaient applicables. Aussi bien avait-on reconnu, même parmi les critiques de notre jurisprudence administrative, qu'il était « certainement bon, au point de vue administratif, que les établissements divers conservassent une spécialité fonctionnelle déterminée » (1). Mais ce n'était pas là seulement, comme on le disait, une nécessité du contrôle administratif, spécialement du contrôle financier : c'était encore et c'est toujours une nécessité, d'une part, d'une bonne organisation des fonctions sociales, publiques ou non, et, d'autre part, d'une bonne organisation juridique, avec laquelle serait souvent incompatible la trop grande complexité de ces établissements, puisqu'elle risquerait de les empêcher de relever d'aucun genre. Et ces exigences de leur constitution sont si réelles qu'on n'avait rien trouvé de mieux, pour « concilier le principe, dans ce qu'il a de raisonnable, avec la liberté », que de proposer d'instituer un établissement subsidiaire et dépendant de l'établissement principal, avec cependant une personnalité séparée, toutes les fois que l'œuvre qu'il aurait voulu s'annexer aurait été étrangère à la spécialité de ce dernier (2). Et certes cette conciliation aurait pu être vraiment féconde. Mais ne voit-on pas qu'elle impliquait par elle-même la reconnaissance du bien fondé du principe de la spécialité, puisqu'il ne lui fallait pas moins que la création d'une personne nouvelle pour en assurer le respect?

Au surplus, si ce principe en était réellement un, comme nous le pensions, il nous semblait qu'il ne constituait pas alors seulement, ainsi que beaucoup le prétendaient (3), une règle de police administrative, et qu'il devait nécessairement réagir même sur la capacité en droit civil des personnes juridiques, de telle sorte notamment que les libéralités qui leur auraient été faites pour des fins restées en dehors de

(1) Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 783.

(2) Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 780. — Avis Cons. d'Etat, 7 juil. 1874. — Loi du 22 mars 1890, modif. la loi du 5 avril 1884, art. 176 et 177, et loi du 9 avril 1898, art. 14.

(3) Hauriou, *loc. cit.*

leur sphère d'action devaient demeurer non avenues. Cette proposition n'était nullement, quoi qu'on ait dit, une conséquence logique de la conception de la personnalité fictive : elle s'accordait tout aussi bien avec la notion de sa réalité en tant que produit des libres volontés individuelles. Car, si le corps est l'œuvre de ces volontés et d'elles seules, pourquoi et comment lui eût-il été possible de sortir du cercle dans lequel elles avaient entendu enfermer son existence et son activité, alors surtout, comme c'était le cas pour notre législation positive, que le concours de ces volontés avait dû recevoir la consécration de l'autorité publique? Au delà de ce cercle, cette personne était comme si elle n'existait pas, sauf à elle, bien entendu, s'il se pouvait, à en sortir par des modifications appropriées. Si l'on avait, contrairement à notre opinion, diminué si souvent la portée du principe de la spécialité, c'est parce qu'on n'avait voulu y voir qu'un instrument de contrôle et de surveillance, aux mains du pouvoir, des personnes juridiques. Mais c'était peut-être n'en voir qu'un seul côté, et même le moins essentiel, puisqu'il pouvait aussi apparaître comme la conséquence toute naturelle de la limitation spontanée que s'étaient imposée, dans la détermination de leurs fins, les volontés créatrices de ces personnes.

303 *bis*-III. Sur cette question des droits des personnes morales, comme sur celle de la personnalité morale elle-même, la loi du 1er juillet 1901 semble avoir coupé court à bien des controverses.

Sans doute, cette loi ne s'applique ni aux sociétés à but lucratif, comme on l'a déjà dit (1), ni évidemment aux personnes morales publiques, pour lesquelles la question reste posée conséquemment dans les mêmes termes (2).

De même, parmi les associations privées, même après la loi de 1901, les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, et toutes les autres associations qui se trouvent régies par une loi spéciale (3), demeurent soumis à cette loi (4).

(1) *Supra*, n. 300 *bis*-I.
(2) *Supra*, n. 303 *bis*-II.
(3) *Supra*, n. 300 *bis*-I, p. 358, note 5.
(4) *Supra*, n. 303.

Quant à celles qui restent, il faut encore ici distinguer entre les congrégations religieuses et les autres associations.

Les congrégations religieuses qui viendraient à être autorisées dans la suite [1] seraient régies, pour leur fonctionnement, par la loi d'autorisation [2]. Il semble bien, dès lors, que c'est à cette loi, qui constituerait leur charte particulière, qu'il faudrait se référer pour déterminer les droits qui leur appartiendraient et la mesure dans laquelle elles en jouiraient. Et le principe dont il faudrait partir serait l'incapacité [3].

Quant aux autres associations, s'agit-il d'associations non déclarées? La question ne saurait se poser : elles n'ont pas la personnalité morale et ne peuvent avoir, par suite, d'autre droit que celui d'exister [4].

S'agit-il d'associations déclarées? La loi ne leur accorde explicitement qu'une capacité restreinte à certains droits : elles peuvent ester en justice et contracter, mais elles ne peuvent acquérir qu'à titre onéreux. Encore leur faculté d'acquérir est-elle restreinte par la limitation de leur faculté de posséder. Or elles peuvent seulement posséder : 1° le montant des subventions qui leur seraient allouées par l'Etat, les départements ou les communes; 2° les cotisations de leurs membres ou les sommes à l'aide desquelles ces cotisations ont été rachetées, sommes qui ne sauraient être supérieures à 500 francs; 3° le local destiné à leur administration et à la réunion de leurs membres; 4° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent [5].

[1] Les congrégations religieuses autorisées antérieurement à la loi de 1901 sont régies par la loi du 24 mai 1825, s'il s'agit de congrégations de femmes; par l'acte même d'autorisation, s'il s'agit de congrégations d'hommes, d'ailleurs peu nombreuses, surtout depuis la loi du 7 juillet 1904.

[2] Loi du 1er juillet 1901, art. 13. — Cpr. *supra*, n. 300 *bis*-I.

[3] Nous parlons au conditionnel, parce que, depuis la loi du 1er juillet 1901, aucune des congrégations qui avaient demandé l'autorisation législative ne l'a encore obtenue, et que, au contraire, toutes les congrégations d'hommes, à l'exception de cinq, dont la demande est encore pendante, ont vu leur demande repoussée.

[4] Loi du 1er juillet 1901, art. 2. — Cpr. *supra*, n. 300 *bis*-I.

[5] Loi du 1er juillet 1901, art. 6. — Cpr. Planiol, I, n. 3042; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, chap. V.

Mais est-ce à dire que la capacité de ces associations déclarées soit strictement enfermée dans les limites qui semblent tracées par la loi, et qu'elle ne puisse s'étendre notamment à l'acquisition — dont elle ne parle pas — des meubles et des valeurs mobilières en lesquelles elles voudraient convertir leurs ressources pécuniaires ? S'il en était ainsi, la loi de 1901 marquerait sur ce point une rétrogradation, qui ne se concilierait pas avec son caractère général et qui serait très peu favorable au développement du mouvement associationniste. Mais, si l'on observe que, quelles qu'aient été les idées de ses auteurs relativement à la notion de la personnalité, elle a fini par conférer à toute association la faculté d'acquérir cette personnalité à l'aide d'une simple déclaration, c'est-à-dire par un simple acte de sa volonté, il apparaît que la capacité qui en dérive pour elle procède bien plus d'elle-même que de la concession légale, et que, par suite, elle doit être interprétée dans le sens d'une extension possible, à la seule condition de respecter les restrictions formelles qui y ont été apportées par la loi, notamment sous le rapport de l'acquisition d'immeubles et de l'incapacité de recevoir des libéralités (1).

Voilà pour la capacité proprement dite des associations déclarées. Quant au principe de la spécialité, il semble bien que, tout en le consacrant expressément, puisqu'elle ne leur permet que d'acquérir les immeubles nécessaires à l'accomplissement de leur but, elle les autorise en même temps à y échapper, par une manifestation nouvelle de volonté, puisqu'elle les admet à faire connaître, postérieurement à leur déclaration primitive, et par une nouvelle déclaration, les changements qu'elles apportent à leur objet et les modifications qu'elles font subir à cet effet à leurs statuts (art. 5 de la loi). C'est donc qu'il ne dépend que d'elles de réaliser de la sorte un élargissement de leur vie et de leur activité, auquel correspondra légalement une extension de leur capacité elle-même ou du moins des limites matérielles dans lesquelles elle peut s'exercer (2).

(1) Cpr. Planiol, I, n. 3042; Hauriou, *op. cit.*, p. 118 et 119.
(2) Cpr. Hauriou, *op. cit.*, p. 119.

S'agit-il enfin des associations reconnues ? Celles-ci peuvent accomplir tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts. Elles ont tous les droits patrimoniaux que la loi ne leur retire pas et qui sont, d'autre part, compatibles avec leur qualité d'êtres abstraits. Notamment, elles peuvent acquérir à titre gratuit, dès l'instant que la libéralité qui leur est faite n'est pas une donation avec réserve d'usufruit au profit du donateur. Notamment encore, leur capacité de posséder est illimitée, sous la réserve de l'obligation où elles sont de ne pas placer leur avoir en valeurs au porteur, de convertir leurs valeurs mobilières en titres nominatifs, et de convertir en argent les immeubles qui leur seraient donnés ou légués et qui ne seraient pas strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent. Mais, comme l'indique d'ailleurs cette dernière limitation, leur capacité reste enfermée dans les limites de leur spécialité fonctionnelle, car elles ne sauraient faire servir le bénéfice de la reconnaissance d'utilité publique, qui leur a été accordée *cognita causa,* à d'autres objets qu'à ceux sur lesquels a porté l'examen des pouvoirs publics [1].

304. Conformément au principe d'après lequel la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, les personnes civiles ont, de droit commun, le libre exercice de tous les droits dont elles jouissent [2]. Mais à ce principe il a été apporté plusieurs dérogations, qui s'inspirent de divers motifs. En premier lieu, les établissements publics sont assujettis à la « tutelle administrative », pour concilier les avantages d'une sage décentralisation avec la nécessité du contrôle du pouvoir central et pour permettre à celui-ci d'imprimer à tous les services une même impulsion. En second lieu, les personnes privées qui rentrent dans la catégorie des établissements d'utilité publique sont tenues elles-mêmes de se pourvoir d'une autorisation administrative pour l'acceptation des libéralités qui leur ont été faites : telle est la disposition des art. 910 et 937 C. civ., de l'art. 5 de la loi du 4 février 1901, et de l'art. 11

(1) Loi du 1er juillet 1901, art. 11. — Cpr. Surville, I, n. 555; Trouillot et Chapsal, *op. cit.,* chap. VII.

(2) Capitant, p. 153 s.

de la loi du 1er juillet 1901, qui se sont proposé de garantir à la fois les familles contre les abus d'une générosité déplacée et l'État contre les excès du développement de la main-morte (1). Enfin quelques-unes mêmes de ces personnes, comme les caisses d'épargne ou les monts-de-piété, ont été, à raison de la nature de leurs opérations, assujetties à un certain contrôle (2).

Mais, en dehors de ces limitations, les personnes civiles ont pleine et entière leur capacité d'exercice. Auraient-elles même la faculté de la limiter volontairement, en acceptant, par exemple, d'insérer dans leurs statuts, comme le conseil d'Etat y a longtemps obligé les établissements d'utilité publique (3), une clause en vertu de laquelle elles seraient tenues de se faire autoriser pour acquérir ou pour aliéner des immeubles, même à titre onéreux, ou pour ester en justice? Il semble bien que non, ainsi que tend à le décider la jurisprudence administrative, car la capacité est d'ordre public et les personnes civiles ne sauraient pas plus que les autres se placer en tutelle par un simple acte de leur volonté (4). Et toutefois on pourrait se demander, ce qui est un autre aspect de la question, si, précisément à raison de leur nature de groupements d'efforts et de volontés, ces personnes ne devraient pas être libres de prendre ces sortes de garanties contre leurs actes les plus importants, de même qu'elles sont libres d'exiger dans leurs statuts des majorités spéciales pour les votes qui en décident. La situation n'est peut-être pas pareille, en effet, entre un individu, dont la volonté personnelle abdique en s'enchaînant elle-même, parce qu'elle est une, et une association, où

(1) M. Planiol (I, n. 3042) montre comment, sous le régime de la loi de 1901, les associations qui jouiront déjà de la personnalité, par le fait de leur déclaration, n'auront intérêt à solliciter la reconnaissance d'utilité publique que lorsqu'elles auront reçu une libéralité, et solliciteront alors, en même temps, si elles ne l'ont déjà, et la reconnaissance d'utilité publique, et l'autorisation d'accepter la libéralité.

(2) Cf. aussi loi du 2 janv. 1817, art. 2 et 3, et loi du 24 mai 1825, art. 4, pour les acquisitions à titre onéreux des établissements religieux. — La loi du 24 mai 1825 n'est pas abrogée par celle du 1er juillet 1901. Cpr. Planiol, I, n. 3057.

(3) Cf. les Statuts modèles, art. 4 (D., *Lois admin.*, v° *Etabl. publ.*, II, p. 1239, note 1).

(4) Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 122, note 1. — Cpr. Capitant, p. 154, note 2.

les volontés sont plus ou moins nombreuses et où par suite toute décision est le résultat d'une délibération, qu'il est plus facile, comme telle, de soumettre à une sorte d'homologation qui la complète. Et cette homologation se comprendrait d'autant mieux qu'elle émanerait d'un corps qui, ayant eu déjà à apprécier le caractère d'utilité publique de l'œuvre, serait appelé à juger sous le même rapport la résolution qui lui serait déférée.

305. L'existence des personnes juridiques est, en général, susceptible de se prolonger indéfiniment, parce que la persistance des efforts qui les créent est ordinairement nécessaire pour la réalisation continue des fins qu'elles se proposent. « Les communautés, observait Domat [1], étant établies pour un bien public, dont la cause subsiste toujours, il est de leur nature de durer toujours, et aussi ces corps subsistent les mêmes et se perpétuent, sans que les changements de toutes les personnes qui les composent changent rien au corps. » Et toutefois, sous ce rapport encore, les sociétés à but lucratif se distinguent, au moins dans certaines de leurs formes, des autres personnes morales, parmi lesquelles on les comprend aujourd'hui généralement, puisque les intérêts particuliers qu'elles doivent servir peuvent ne pas survivre aux associés, ou que parfois leur but est susceptible d'être atteint dans un temps déterminé. De là des causes de dissolution qui leur sont propres [2].

Abstraction faite de ces causes, l'extinction des personnes morales peut être d'abord l'œuvre même des volontés qui les ont créées : elles meurent par dissolution proprement dite [3].

Elle peut ensuite être le résultat d'un acte de la puissance publique, soit que celle-ci en fasse prononcer judiciairement ou en prononce elle-même, par voie gouvernementale ou administrative, l'annulation ou la dissolution, pour infraction aux dispositions légales qui en régissaient la constitution ou le fonctionnement [4], soit qu'elle leur retire l'autorisation qui

(1) *Droit public*, liv. I, tit. XV, sect. II, n. 3.
(2) Art. 1865 s. C. civ.
(3) Cf. art. 1865-1° et 1869 C. civ. — Cpr. Planiol, I, n. 3052.
(4) Loi du 1er juillet 1901, art. 7 et 16.

seule consacrait en droit leur existence, parce qu'elle juge qu'elles ne peuvent plus rendre de services ou même qu'elle les répute dangereuses (1). Leur suppression apparaît ainsi, au premier cas, comme un mode de sanction de la loi, au second comme un moyen de sauvegarde de l'intérêt public, et dans les deux la faculté de la requérir ou de la prononcer ne saurait être sérieusement contestée au gouvernement (2). « C'est un acte de souveraineté, disait Portalis, qui donne l'établissement légal, c'est un acte de souveraineté qui le révoque. »

Par une suite logique de ce principe, ces personnes doivent donc pouvoir normalement, et à moins qu'on ne leur ait accordé des garanties plus grandes ou qu'à l'inverse on n'ait cru devoir les soumettre à un régime de défiance particulier (3), être anéanties par un acte de même nature que celui qui les avait reconnues et émané de la même autorité (4).

306. Mais que deviennent alors les biens qu'elles possédaient au moment de disparaître ? Il régnait, avant 1901, à cet égard, une assez grande incertitude en doctrine (5).

Il allait et il va toujours de soi cependant, tout d'abord, que le patrimoine des personnes publiques supprimées, établissements publics proprement dits ou organes administratifs, fait retour, non pas toujours à l'Etat, comme on l'a dit (6),

(1) A l'heure actuelle, il en est ainsi pour les congrégations religieuses, pour les associations dont il est parlé à l'art. 12 de la loi du 1er juillet 1901, et enfin pour les tontines et les sociétés anonymes d'assurances sur la vie, qui ne peuvent toujours se fonder sans y avoir été autorisées par un décret rendu en Conseil d'Etat (loi du 24 juillet 1867, art. 66, cbn. avec l'ancien art. 37 C. comm.), et qui peuvent évidemment se voir retirer cette autorisation.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mainmorte* (gens de) ; Savigny, *Tr. de dr. rom.*, II, § 89, p. 278 ; Laurent, I, p. 312 s. ; Planiol, I, n. 3052 ; Capitant, p. 139 ; Vauthier, *op. cit.*, p. 344 s. ; Hauriou, *op. cit.*, 5e éd., p. 95 ; Piébourg, *Rev. de lég.*, 1876, p. 238 s., 485 s. ; Fuzier-Herman, art. 7, n. 56.

(3) On a déjà vu que les congrégations religieuses, quoique autorisées par une loi, pouvaient être dissoutes par un décret rendu en Conseil des ministres. De même, les associations dont il est question à l'art. 12 de la loi du 1er juillet 1901, et dont cette loi autorise implicitement la fondation dans les conditions ordinaires, peuvent être dissoutes par un décret rendu en Conseil des ministres.

(4) Hauriou, *loc. cit.* ; Planiol, *loc. cit.* ; Capitant, p. 139 et 140.

(5) Cf. Michoud, La dévolution du patrimoine des personnes morales, *Année administrative*, 1903, p. 10.

(6) Capitant, p. 140 ; Surville, I, n. 550.

mais plutôt aux corps dont elles avaient été détachées et qui avaient fait les frais de leur institution. Créées dans un but de décentralisation, elles se fondent alors de nouveau dans les services avec lesquels elles étaient autrefois confondues. Mais ce même motif nous paraît montrer que la règle posée ne saurait être absolue, et qu'il faut s'attacher, pour régler la dévolution des biens, non pas exclusivement aux conditions dans lesquelles les établissements ont été fondés dans le passé, mais peut-être tout autant à celles dans lesquelles les services qu'ils rendaient vont être rendus à l'avenir, pour faire profiter de leur patrimoine les organes administratifs qui assument dorénavant leurs charges. Les circonstances de fait doivent donc, selon nous, exercer sur cettte dévolution une grande influence [1].

Quant aux personnes privées, une distinction de principe devait être faite, selon nous, entre les œuvres intéressées et les œuvres désintéressées, car elle nous paraissait imposée par leur caractère même. La personnification des premières, n'étant qu'une figuration et une « forte concentration » d'intérêts particuliers, laisse apparaître, dès qu'elle s'évanouit, les droits de leurs membres : c'est donc à eux, pensions-nous, que les biens doivent revenir du moment que leur propriété ne repose plus sur la tête de l'être collectif. La personnification des secondes venant de ce que leurs fins sont justement impersonnelles et qu'elles n'ont la prétention de servir que des intérêts généraux, lorsque ces œuvres sont atteintes dans leur existence, il nous paraissait que personne ne pouvait être appelé à en recueillir le patrimoine, et que, partant, leurs biens, devenus vacants et sans maître, appartenaient à l'Etat (art. 539 et 713 C. civ.).

Cette distinction n'était généralement pas posée, en doctrine, en termes aussi précis, mais elle était, au fond, ordinairement admise. D'un côté, en effet, on s'accordait à constater que la dissolution des sociétés civiles ou commerciales entraînait le partage du fonds social entre les associés, et beaucoup pensaient qu'il en devait être de même de la caisse

[1] Cpr. Planiol, I, n. 3054.

des syndicats professionnels. Puis, c'était la loi même qui, en considération du caractère mixte des sociétés de secours mutuels, décidait que, au cas de dissolution, les sociétaires encore existants auraient droit à la restitution de leurs versements, du moins dans des conditions qu'il n'y a pas lieu ici de déterminer (1). Et, à vrai dire, elle n'aurait pu leur accorder plus, sans admettre contre toute vérité que la mutualité pourrait ainsi, le cas échéant, avoir un but de spéculation. D'un autre côté, il était unanimement reconnu, même par ceux qui faisaient des réserves sur la justice de cette solution légale, que, à défaut des personnes qui prêtaient leur collaboration à un établissement d'utilité publique et qui ne pouvaient élever aucune prétention sur son actif, celui-ci devait échoir à l'Etat (2).

Cette dernière solution comportait toutefois un double tempérament, qui s'inspirait au reste des mêmes considérations dans l'un et l'autre cas : il avait pour objet d'assurer, pour les biens de la personne dissoute, et à défaut de l'emploi qu'elle voulait en faire, une destination conforme aux fins qu'elle se proposait.

D'abord les statuts de l'établissement pouvaient régler par avance la dévolution de ses biens : cette clause participait alors de l'approbation qui avait été donnée aux statuts lors de sa reconnaissance, et il était difficile d'en contester le caractère obligatoire, même au cas où cette reconnaissance ne supposait pas un acte individuel. Car les fondateurs n'étaient-ils pas libres de réserver expressément l'affectation des biens qu'ils mettaient au service de leur œuvre et d'exclure par anticipation, pour le cas où elle ne serait pas poursuivie, le droit de l'Etat, soit à leur profit, soit, s'ils le préféraient, au profit d'une œuvre similaire (3)?

(1) Cpr. loi du 1er avril 1898, art. 31, et décret du 26 mars 1852, art. 15.

(2) Cf. Laurent, I, n. 316 ; Huc, I, n. 216 et 217 ; Planiol, 2e édit., I, n. 2026 ; Capitant, p. 110, note 1, p. 133, p. 134, note 1, et p. 135, 140 et 141 ; Hauriou, *op. cit.*, 4e éd., p. 103 et 122, et 5e éd., p. 87, note 1 ; Ducrocq, *op. cit.*, II, n. 1337 ; Piébourg, *Rev. de lég.*, p. 490 s., et *De la cond. des pers. civ.*, p. 201 s. ; Vauthier, *op. cit.*, p. 278 et 347 s. ; Sauzet, *op. cit.*, n. 37, 42 et 49. — Cpr. Batbie, *op. cit.*, V, n. 478 ; Planiol, 3e éd., I, n. 3055.

(3) Loi du 1er avril 1898, art. 5, al. 7, et art. 11 (sociétés de secours mutuels). —

C'était ensuite la loi elle-même qui, parfois, avait spontanément limité le droit de l'Etat, sous l'une ou l'autre des deux formes suivantes. Ou bien elle décidait que les biens ainsi recueillis devaient être nécessairement affectés à des œuvres similaires ou connexes à celle à laquelle ils appartenaient : c'est ce qu'elle avait fait expressément pour les communautés religieuses de femmes (1), les sociétés de secours mutuels (2), les établissements libres d'enseignement supérieur (3) et les comités des habitations à bon marché (4). Ou bien elle admettait, en faveur des personnes qui avaient fait des libéralités aux œuvres qui s'éteignaient et de leurs successeurs, l'ouverture d'un droit de retour, et ce droit leur avait été formellement reconnu pour les dons ou legs faits aux communautés religieuses susdites ou aux établissements d'instruction (5).

Mais quelque équitable et rationnelle que dût être la généralisation de ces limitations au droit certain de l'Etat, il ne semblait pas qu'elles pussent être étendues, à raison même de l'atteinte qu'elles y portaient, en dehors des cas pour lesquels elles avaient été explicitement posées. Il ne pouvait y avoir de droit de retour légal sans texte, ni de dévolution des biens aux œuvres subsistantes sans dispositions légales qui l'organisassent, au détriment du droit de déshérence de l'Etat (6).

306 *bis*. Ici encore, la loi du 1er juillet 1901 est venue apporter des solutions précises et empreintes d'un réel libéralisme, car elles constituent la généralisation des droits que la doctrine tendait de plus en plus à reconnaître aux associations.

Elle n'a rien changé, sous ce rapport, à la situation des

Planiol, *loc. cit.;* Capitant, p. 140; Hauriou, 4e éd., p. 104, note 1, et p. 122, note 2; Bry, *Lég. industrielle,* 1895, p. 278. — Cf. les statuts modèles arrêtés par le conseil d'Etat en 1887, art. 18.

(1) Loi du 24 mai 1825, art. 7.

(2) Loi du 15 juill. 1850, art. 10; décret du 26 mars 1852, art. 15; loi du 1er avril 1898, art. 32.

(3) Loi du 12 juill. 1875, art. 12.

(4) Loi du 30 nov. 1894, art. 2.

(5) Loi du 24 mai 1825, art. 7; loi du 12 juillet 1875, art. 12.

(6) Cf. cep. Planiol, *loc. cit.;* Capitant, p. 141. — Cpr. Hauriou, *op. cit.*, p. 122.

sociétés, soit commerciales, soit civiles, et, quand elles se dissolvent, leur actif se partage entre les associés, conformément aux statuts [1].

Mais, quant à toutes les associations autres que les congrégations religieuses, la loi déclare s'en remettre à leurs membres du soin de déterminer souverainement comment se fera, en cas de dissolution, la dévolution de leurs biens. Il en est d'ailleurs ainsi, quelle que soit l'association [2], qu'elle soit reconnue ou simplement déclarée [3], que sa dissolution soit volontaire, qu'elle ait lieu en vertu des statuts, ou qu'elle soit prononcée par la justice [4].

En conséquence, aux termes de l'art. 9 de la loi du 1er juillet 1901, complété par les art. 14 et 15 du règlement du 16 août suivant, la dévolution des biens de l'association peut être réglée, soit, d'avance, par les statuts mêmes de celle-ci, soit, lors de la dissolution, par l'assemblée générale qui la prononce, soit enfin, si elle a omis de le faire, par une assemblée générale convoquée dans ce but, conformément à la procédure spéciale organisée par le règlement.

Mais la liberté de l'association sous ce rapport n'est cependant pas absolue : elle reste toujours et devait rester limitée par le caractère même de ces associations, dont l'objet exclut, d'après leur définition même, toute poursuite de bénéfices [5]. Dès lors, s'il est permis aux associés de stipuler dans les statuts ou de décider en assemblée générale qu'ils auront la faculté de reprendre leurs apports et même de réserver aux ayant-droit la revendication des objets qui ont pu être donnés ou légués à une association reconnue, il leur est interdit de s'attribuer à eux-mêmes, en aucun cas, le partage du surplus

(1) Voir *supra*, n. 306, p. 379.

(2) Il faut réserver cependant, comme toujours, les associations pour lesquelles fonctionne, au point de vue qui nous occupe, une loi spéciale non abrogée en 1901. Cpr. loi du 1er avril 1898, art. 31.

(3) Quant aux associations non déclarées, cpr. Hauriou, 5e éd., p. 112 s., 121 et 122.

(4) Loi du 1er juillet 1901, art. 9. — Planiol, I, n. 3055. — Nous croyons qu'il en serait de même si l'association était dissoute par décret en Conseil des ministres, conformément à l'art. 12 de la loi du 1er juillet 1901.

(5) Cf. loi du 1er juill. 1901, art. 1er.

de l'actif social. Ce partage, en effet, serait directement contraire au caractère de ces associations, qui ne peuvent servir à l'enrichissement personnel de leurs membres, et avoir une nature mixte qui les ferait participer à la fois du caractère de la société et de celui de l'association proprement dite (1).

Quant à la liquidation des biens des congrégations religieuses, elle a été soumise à des règles particulières et très compliquées, dont il n'y a pas lieu de parler ici, à raison de leur caractère de spécialité (2).

307. Les personnes morales ont évidemment un état, comme les personnes physiques : cet état résulte de toutes les conditions qui déterminent leur existence et leur activité, mais il est seulement moins complet que celui des êtres physiques, puisqu'il exclut par nature les relations de famille (3).

L'un des éléments de cet état est pour elles la nationalité. Les mêmes considérations qui commandent que toute personne se rattache à un pays déterminé, doivent faire écarter toute distinction entre les personnes civiles et les autres. Or elles ne sauraient emprunter leur nationalité aux personnes dont le groupement les forme. Ce n'est pas seulement à raison de l'impossibilité où on pourrait être de leur en attribuer aucune, si les membres de l'association étaient de nationalités diverses. C'est surtout, d'abord par ce motif que la personnalité du groupement est une personnalité distincte, dans laquelle disparaît et s'absorbe la personnalité des individus qui en font partie, et ensuite par cet autre, complément du précédent, que ce sont alors les rapports de cette personnalité qu'il convient de fixer avec un certain pays. Dès lors, abstraction faite des sociétés dont il n'y a pas lieu de s'occuper ici spécialement (4), les personnes civiles ne peuvent

(1) Art. 15 du décret du 16 août 1901. — Cpr. Planiol, I, n. 3055 ; Hauriou, 5e éd., p. 121 ; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, ch. X, n. 2.

(2) Sur la liquidation des biens des congrégations, cpr. loi du 1er juill. 1901, art. 18, et décret du 16 août 1901, art. 1-5. — Cpr. Planiol, I, n. 3056 et 3057 ; Hauriou, 5e éd., p. 126-127 ; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, ch. XVIII.

(3) Cf. Capitant, p. 142 ; Laîné, *J. Clunet*, 1893, p. 284 s.

(4) Nous ne parlerons dans toute la suite de ces développements que des personnes morales en général. En ce qui concerne les sociétés, cf. Despagnet, n. 51 s. ; Surville et Arthuys, n. 452 s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n. 1092 s. ; Thaller, n. 787 s.

prendre que la nationalité des pays où elles se sont constituées, avec l'autorisation explicite ou implicite de la loi, et elles sont françaises ou étrangères, suivant qu'elles sont nées en France ou à l'étranger [1].

308. Mais quelle est la situation des personnes civiles en dehors du pays où elles sont établies? Cette question en comprend deux autres, qui sont relatives, la première à l'existence même de ces personnes, et la seconde à leur capacité.

Il faut se demander en effet, en premier lieu, si la reconnaissance qu'elles ont obtenue dans leur pays d'origine doit en faire nécessairement admettre l'existence partout ailleurs, en ce sens, non point sans doute qu'elles puissent exercer même à l'étranger la fonction publique pour l'accomplissement de laquelle elles ont été instituées dans ce pays, car ce serait dépasser le but même de leur institution, mais du moins qu'il leur soit permis, pour s'acquitter de cette fonction au lieu même de leur établissement, de mettre à profit leur personnalité, et par suite de contracter, d'acquérir ou de plaider.

Or la solution de cette difficulté semblerait logiquement devoir être négative dans la théorie qui ne voit qu'une fiction légale dans la personnification. Appelées à la vie par la loi, les personnes civiles devraient rentrer dans le néant là où expire la force de cette loi, d'autant que cette vie ne leur aurait été soufflée que pour des fins particulières au pays où elles seraient destinées à se mouvoir. Et ce n'est que si la loi étrangère reconnaissait à son tour l'utilité d'étendre leur sphère d'action, qu'elle devrait, elle aussi, procédant en quelque sorte à un nouvel acte de création, leur fournir un complément d'existence et les habiliter ainsi à agir sur le territoire qu'elle régit.

Et toutefois, même dans cette conception, ce raisonnement ne serait pas inattaquable. On comprend en effet parfaitement que la loi d'institution des personnes civiles soit impuissante à leur permettre de remplir leur fonction au delà

[1] Weiss, p. 143; Despagnet, n. 17; P. Fiore, *Dr. intern. privé* (trad. Pradier-Fodéré), p. 638; Capitant, p. 142 et 143. — Cf. Req. rej., 22 déc. 1896, D., 97. 1. 159.

même de ses frontières, car ce serait empiéter sur la souveraineté étrangère. Mais il s'agit uniquement de les autoriser à faire, à l'étranger, des actes qui facilitent l'exécution de leurs desseins à l'intérieur du pays où elles ont vu le jour. Or il n'est plus exact alors de dire simplement que leur loi nationale perd son empire à l'entrée du territoire étranger, puisque tout le droit international privé moderne repose précisément sur la conception opposée à la territorialité de la loi. Pourquoi donc celle-ci ne pourrait-elle soutenir, même à l'étranger, l'existence des personnes qui seraient sa propre création ? Serait-ce parce que cette existence est purement fictive ? Mais cela fût-il, que ce caractère n'empêcherait pas plus les personnes civiles de revendiquer leur droit à l'existence même à l'étranger, que le caractère, certain celui-là, de la fiction à laquelle des enfants simplement conçus doivent d'être réputés être en vie, ne pourrait les priver du droit d'être considérés partout comme tels.

A plus forte raison ne saurait-on s'arrêter aux vues particulières qui précèdent dans la conception, aujourd'hui si en faveur, d'après laquelle la personnalité juridique n'est rien autre chose que le produit de l'autonomie des volontés individuelles. Effectivement, si les personnes civiles sont, comme on l'a si bien dit, « des modalités de la vie juridique des personnes naturelles » (1), l'aspect de la question posée apparaît tout différent.

Ce n'est pas toutefois qu'elle soit tranchée déjà au profit de ces personnes, ainsi qu'on l'a parfois prétendu, soit par le principe de l'art. 3, 3e al., aux termes duquel l'état et la capacité sont régis par la loi personnelle de ceux auxquels ils appartiennent, soit par la loi du 14 juillet 1819, qui aurait indistinctement conféré à tous les étrangers la capacité d'acquérir en France à titre gratuit, partant aux personnes civiles comme aux autres (2). Il est trop évident en effet que l'art. 3 ne résout qu'une question de capacité, et non de jouissance des droits, et qu'avant de rechercher quelle est la capacité d'une

(1) Lainé, *J. Clunet*, 1893, p. 288.
(2) Despagnet, n. 47.

personne, il faut savoir au préalable si elle existe. Et de même, avant de pouvoir invoquer le bénéfice de la loi de 1819, encore faut-il que la personne civile étrangère ait prouvé qu'elle a droit à faire reconnaître son existence.

Ce n'est pas non plus, selon nous, que l'on puisse, pour résoudre notre question, dire, comme on l'a fait, que « la création des personnes morales n'est que la manifestation des facultés de l'homme les plus essentielles et les plus utiles dans leur exercice, la liberté d'association » [1], ou que « la liberté, chez les nations civilisées, doit appartenir aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques » [2]. Il est trop facile de répondre que cette liberté d'association, qui, aujourd'hui, il est vrai, est admise par notre loi [3], d'une part, est subordonnée à certaines conditions, et, d'autre part, n'entraîne pas nécessairement avec elle la liberté de personnification.

Mais, au contraire, la difficulté se précise singulièrement si on analyse les rapports qui ont donné, sous le couvert de la loi, naissance à la personne juridique. Or cette personne peut procéder, soit d'une association qui groupe dans des vues déterminées les efforts de plusieurs, soit de l'affectation particulière que reçoivent certains biens. Et les volontés qui sont entrées en jeu pour réaliser cette création ont atteint un double résultat, celui d'abord de se lier elles-mêmes, et ensuite celui de constituer par leur intime fusion un corps nouveau qui réduisît leurs individualités à l'unité pour leur donner plus de puissance. Mais, si l'on accepte que l'acte dont tel a été l'objet doive partout produire ses effets quant au premier, c'est-à-dire quant aux rapports qu'il a établis entre particuliers, pourquoi ne les produirait-il pas aussi, même à l'étranger, quant au second, c'est-à-dire en tant qu'il a fait surgir un nouveau sujet de droits ? Comment, en d'autres termes, puisque après tout les personnes juridiques sont des émanations d'individus et ne représentent que des individus, scinder les résultats que leurs volontés poursuivent,

(1) Vavasseur, *J. Clunet*, 1875, p. 6.
(2) Cf. cep. Ducrocq, *op. cit.*, p. 53.
(3) Loi du 1er juillet 1901, art. 2.

et ne respecter que certaines des conséquences de l'exercice de leurs droits ne revient-il pas au fond à ne pas les respecter ?

Cette simple analyse fait apparaître de suite l'unique motif pour lequel on pourrait se croire tenu, en faisant une distinction, de refuser à certaines associations formées à l'étranger les attributs de la personnalité civile : ce motif serait tiré des nécessités de l'ordre public. Et effectivement, pourrait-on soutenir, une législation où les nationaux eux-mêmes ne peuvent faire un corps de leur association que sous certaines conditions (1), ne saurait admettre les étrangers, si ce n'est sous les mêmes conditions, à créer, même dans leur pays, un corps de cette nature, dont la vitalité s'affirmerait ensuite en dehors de celui-ci. Une souveraineté quelconque ne saurait voir les groupements étrangers d'un œil plus favorable que les associations indigènes. Tous étant censés pouvoir faire courir les mêmes périls à l'ordre public, elle les confondrait tous dans un traitement égal, en les soumettant, pour leur création, aux mêmes conditions. Et ce sont ces vues, ajouterait-on, qui auraient spécialement inspiré la loi du 30 mai 1857 relative aux sociétés commerciales anonymes ou dont la constitution est subordonnée à l'autorisation du gouvernement, puisqu'elles ne peuvent fonctionner en France qu'après y avoir été dûment autorisées (2).

Si graves que doivent paraître ces considérations, il semble bien cependant qu'elles ne puissent pas emporter la solution de la difficulté, car elles exagèrent les véritables exigences de l'ordre public. Sans doute, il serait absurde que les étrangers eussent dans un pays, pour y créer des personnes juridiques, plus de facilités que n'en ont les nationaux : mais la question est de savoir si celles qui se sont formées à l'étranger régulièrement ne doivent pas être reconnues par-

(1) Loi du 1er juillet 1901, art. 2, 3, 5, 10, 13.

(2) Laurent, I, n. 299 s. et 306 s., et *Dr. civ. intern.*, IV, n. 100 s. et 119 s.; Weiss, p. 145 s.; Arntz, Bastiné et Bartels, *De l'existence en Belg. des sociétés anonymes*, 1846; Moreau, *J. Clunet*, 1892, p. 337 s.; Wœste, *J. Clunet*, 1893, p. 1125; concl. de M. Leclercq, sous Cass. Belg., 22 juill. 1847, *Jurispr. du* XIXe *siècle*, 47. 1. 595, D., 47. 2. 173. — Req. rej., 1er août 1860, S., 60. 1. 866, D., 60. 1. 444.

tout comme telles. Sans doute encore, ces dernières ne pourraient prétendre défendre, en dehors du pays où elles se sont constituées, les intérêts publics qu'elles doivent servir, car, lorsque telle est leur fonction, si elles ne restaient pas confinées dans leur patrie, elles porteraient atteinte à la souveraineté étrangère : mais, encore une fois, il ne s'agit que de savoir s'il leur est possible, pour s'acquitter de leur fonction à l'intérieur, de nouer à l'extérieur des rapports juridiques [1]. Enfin il est non moins incontestable que ces corps ne sauraient se livrer librement à l'étranger à des actes qui seraient interdits aux établissements indigènes similaires ou dont la validité serait du moins subordonnée à certaines conditions. Mais nous ne nous demandons pas encore quelle est la capacité des personnes juridiques étrangères et à quelles limitations les nécessités de l'ordre public doivent la faire assujettir.

Dès lors il convient uniquement de rechercher si la seule existence de ces personnes est, en dehors du pays auquel elles appartiennent, contraire à l'ordre public. Mais comment serait-elle susceptible d'être considérée comme telle, alors que la législation du lieu où elles demandent à fonctionner consacre elle-même l'existence de corps tout semblables et conspire à la réalisation de leurs fins en leur reconnaissant un caractère d'unité et de permanence ? Pour qu'elles fussent réputées inexistantes au regard de la loi locale, il faudrait, ou que cette loi ne connût pas et ne voulût jamais connaître cette personnalité abstraite, ou que, la reconnaissant, ces personnes poursuivissent un objet réellement contraire à l'ordre social du pays. Il est vrai qu'en dehors de ces cas elles ne tiennent pas cette personnalité de la loi ou de l'autorité de qui elles prétendent se faire respecter, ou, pour apercevoir de nouveau la réalité que cette personnalité dissimule, que ceux dont les volontés se sont unies pour les faire naître tiennent leurs droits de la loi étrangère. Mais justement c'est à ce titre que leur œuvre s'impose à la loi locale : le droit international privé n'a pas d'autre objet, en effet, que d'assu-

[1] Michoud, *loc. cit.*, p. 200 s. ; Laîné, *loc. cit.*, p. 282, 286 et 297 s.

rer partout, en principe, le respect des droits que chacun de nous tient de sa propre loi. Et partant, lorsque, usant des droits que leur confère leur loi nationale, des étrangers se sont liés pour créer des personnes juridiques, cet effet légal de leur volonté doit être accepté partout, du moment que l'ordre public du pays où ces personnes veulent être admises à fonctionner est sauf. Vainement objecterait-on que la loi locale s'est réservé le bénéfice exclusif de cette personnification : la vérité est qu'elle ne peut pas plus entendre raisonnablement s'arroger ce droit, qu'elle ne saurait, sans revenir à l'antique conception de la territorialité, émettre la prétention d'être la seule source des autres droits qui s'exercent sur son territoire. Il est vrai enfin que cette personnification implique souvent aussi l'intervention plus ou moins directe de l'autorité étrangère : mais les conséquences de cette intervention ne sauraient pas plus être contestées, relativement à la personnalité civile, que relativement à beaucoup d'autres modalités de l'état des personnes pour lesquelles elles sont unanimement admises. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il y eût un texte semblable à celui de la loi de 1857, qui ne peut évidemment fournir aucun argument d'analogie, puisqu'il ressort de ses dispositions mêmes qu'elle est inapplicable à toutes les sociétés autres que celles sur lesquelles elle statue en termes exprès.

Avec la majorité de la doctrine et avec la jurisprudence administrative, telle qu'elle ressort de l'avis du conseil d'Etat du 12 janvier 1854 (1), nous estimons en définitive que les personnes juridiques régulièrement constituées dans leur pays d'origine doivent être partout reconnues comme telles, sous les réserves que comporte l'ordre public (2).

(1) S., 55. 2. 800, D., 56. 3. 16.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Mainmorte* (gens de), § 7, n. 2; Fœlix, *Tr. de dr. intern.*, I, p. 65; Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, n. 100; Brocher, *Cours de dr. intern. privé*, I, p. 185 s., n. 61 s.; Huc, I, n. 215; Despagnet, n. 47 et 48; Surville et Arthuys, n. 137; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n. 1093; Lyon-Caen, *De la cond. légale des soc. étrang.*, n. 7; Thaller, *op. cit.*, n. 794 et 795; Piébourg, *Cond. des pers. civ.*, p. 230 s.; Vavasseur, *J. Clunet*, 1875, p. 6; Esperson, *eod. loc.*, 1880, p. 338; Laîné, *J. Clunet*, 1893, p. 273 s.; Ducrocq, *Rev. de dr. publ.*, 1894, I, p. 46 s.; Michoud, *Rev. gén. de dr. intern. publ.*, 1894, I, p. 193 s.

309. S'il en est ainsi, on ne peut guère concevoir qu'on refuse, à titre exceptionnel, aux Etats étrangers la qualité de personnes juridiques, et qu'on discute leur aptitude à mettre à profit cette qualité où que ce soit, et dans la sphère du droit privé comme dans les rapports internationaux de droit public (1). Aussi bien leur personnalité civile est-elle le plus généralement admise, même par ceux qui en dénient le bénéfice aux corps autres que les Etats (2).

Et d'abord, dans l'opinion que nous avons adoptée, il serait vraiment singulier que l'Etat qui dispense le plus souvent aux autres la personnalité, ne pût pas, en dehors de son territoire, faire reconnaître la sienne. La souveraineté, au nom de laquelle toutes les autres personnes juridiques, publiques ou privées, entendent se faire partout accepter comme telles, exige évidemment en premier lieu qu'on respecte l'organe supérieur qui les prime toutes. Si les dispositions de droit interne qui confèrent la personnalité à ces personnes ont des

— Cpr. Rouen, 4 déc. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 802. — La jurisprudence de certains pays étrangers paraît en sens contraire. Cpr. notamment Cass. Turin, 21 déc. 1897 et 17 janv. 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 854 et p. 600. — Trib. d'arrond. d'Odessa, 21 janv. 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 605. — Pour la Belgique, cpr. P. Pouillet, *La condition des personnes morales étrangères, d'après la jurisprudence belge, J. Clunet*, 1904, p. 820.

(1) Cette question s'est posée dans des conditions exceptionnellement intéressantes, à raison de la situation actuelle du Saint-Siège, lors du procès qui s'est élevé en France entre le Pape Léon XIII et les héritiers de la marquise du Plessis-Bellière. Cf. à ce sujet, avec les dissertations citées plus bas, les décisions du tribunal de Montdidier du 4 fév. 1892, de la cour d'Amiens, du 21 fév. 1893, et de la Cour de cassation, du 16 mars 1894, S., 95. 2. 57, rapp. de M. Cotelle, note de M. Pillet, D., 95. 2. 457, note de M. Dupuis. Ce procès s'est d'ailleurs terminé par une transaction. — D'après un jugement du tribunal civil de Rome, en date du 9 sept. 1898, *J. Clunet*. 1904, p. 987, le Saint-Siège est une personne morale, à la différence de l'Eglise catholique.

(2) Savigny, *Tr. de dr. rom.*, trad. Guenoux, II, § 86, p. 239; Aubry et Rau, I, § 54, p. 269, n. 1; Demangeat sur Fœlix, I, n. 200; Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 73 et n. 126 et 127; Despagnet, n. 49; Weiss, p 146 et *Pandectes fr.*, 1893. 1. 17; Surville et Arthuys, n. 137; P. Fiore, *Dr. int. privé*, trad. Antoine, 1890, I, n. 321; Renault, *J. Clunet*, 1875, p. 428 s., et 1893, p. 1118; Bauchet, *Pandectes fr.*, 1888, p. 152; Lainé, *loc. cit.*, p. 289 s.; Ducrocq, *loc. cit.*, p. 54 s.; Michoud, *loc. cit.*, p. 203 s.; Desjardins, *J. Clunet*, 1893, p. 1009 s. — Trib. Montdidier, 4 fév. 1892, précité. — Cass. Belg., 20 mars 1902, *J. Clunet*, 1904, p. 198; 11 juin 1903, S., 1904. 4. 16, D., 1903. 2. 401, *J. Clunet*, 1904, p. 417. — *Contra :* Laurent, I, n. 309 s.; Moreau, *J. Clunet*, 1892, p. 337 s. — Cpr. Rolin, *Rev. de dr. intern. et de lég. compar.*, 1893, XXV, p. 183.

effets extraterritoriaux, il ne saurait en être différemment de celles qui en investissent l'Etat, sa situation sous ce rapport n'étant pas différente parce qu'il est l'Etat.

Mais, même dans la doctrine opposée, on arrive aux mêmes conclusions en observant, après Savigny, que l'Etat est une personne « nécessaire », et que sa reconnaissance en tant que puissance politique, apte à intervenir dans les rapports publics internationaux et à conclure des traités, entraîne du même coup sa reconnaissance en tant que personne civile, habile à passer des contrats, à posséder ou à ester en justice. Ce n'est pas qu'en stricte logique il serait impossible de concevoir cette séparation entre ces deux sortes de personnalité, de dire que la reconnaissance d'un Etat par un autre n'est rien de plus qu'un acte de pure politique internationale, et partant de prétendre que cet acte doit rester sans conséquences dans la sphère du droit privé. Mais la réalité serait-elle susceptible de s'accommoder d'une conception aussi rigoureuse? C'est ce qu'il serait bien difficile de soutenir. Certains corps politiques, sans doute, seraient parfaitement capables de s'acquitter de leur fonction sans être dotés de la personnalité, et la preuve est qu'il y en a. Mais ce ne peut être certainement le cas de l'Etat, dont le rôle, en tant que puissance publique, suppose en lui à tout instant la faculté de se gérer comme personne civile et de traiter, de contracter, de passer des marchés, de plaider, de posséder, pour assurer le fonctionnement de ses services. Cette personnalité, étant pour lui un moyen indispensable de remplir ses fins, ne saurait donc lui être contestée nulle part, du moment que son indépendance politique elle-même est reconnue par la diplomatie : l'une emporte l'autre avec elle, ainsi que Laurent l'a admis finalement, après avoir, comme nous l'avions fait nous-mêmes, défendu la thèse opposée. A la vérité, cette personnalité des Etats étrangers pourrait être de nature à porter ombrage aux pays où ils l'utiliseraient, sous la forme notamment d'acquisitions immobilières qui leur procureraient ainsi les moyens d'action et d'influence que donnent des possessions territoriales. Mais, outre qu'il est, comme on va le voir, des restrictions à leur capacité, chaque

nation serait libre de prévenir l'abus qu'ils pourraient en faire par les prohibitions que lui dicterait le souci de sa propre sécurité.

310. Il va de soi, en effet, que les personnes civiles étrangères ne sauraient avoir tout au plus, dans un pays, que la jouissance des mêmes droits qui sont accordés aux étrangers en général [1], et il se pourrait même qu'à raison de leur caractère cette jouissance eût été resserrée dans des limites encore plus étroites.

De même par application du principe général consacré par l'art. 3, 3e al., leur capacité, pour jouir de ces droits, est régie par leur loi nationale [2]. Cette règle, certaine s'il est vrai que ces personnes n'ont pas à faire reconnaître leur existence en dehors de leur pays d'origine, peut tout aussi bien être respectée dans l'opinion de ceux qui leur imposent l'obligation de cette reconnaissance. C'est par une exagération de sa théorie que Laurent [3] voulait, au contraire, les assujettir sous ce rapport à la loi territoriale, sous ce prétexte qu'en réalité c'est elle qui leur confère l'existence. La vérité est plutôt que cette loi se contenterait de les admettre à étendre leurs opérations sur son territoire, et que sa permission ne devrait pas plus influer sur leur capacité que l'autorisation accordée à un étranger de résider en France n'influe sur la sienne.

310 *bis*-I. Mais, par application aussi des principes généraux, la loi territoriale recouvrerait son empire, et la capacité des personnes civiles ne serait plus régie par leur loi personnelle, si cette loi leur reconnaissait des facultés dont l'exercice en pays étranger blesserait des dispositions d'ordre public international [4]. La seule difficulté est de préciser

(1) Surville et Arthuys, n. 138.

(2) Weiss, p. 146 et 721 s.; Despagnet, n. 48; Capitant, p. 143 s.; Fœlix, I, p. 65; Brocher, *op. cit.*, I, p. 195; Savigny, *Rev. crit.*, 1854, IV, p. 356; Esperson, *J. Clunet*, 1880, p. 338; Lainé, *J. Clunet*, 1893, p. 285 s.; Michoud, *loc. cit.*, p. 197 s. — Trib. Seine, 26 mai 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 192. — Paris, 23 janv. 1889, *Annales de dr. comm.*, 89. 1. 111, note de M. Weiss. — Paris, 26 mars 1891, sous Cass., D., 95. 1. 145.

(3) *Dr. civ. intern.*, IV, n. 133 s.

(4) Despagnet, n. 47; Michoud, *loc. cit.*, p. 197 s.

l'exacte portée de ce grave tempérament. Et il doit d'ailleurs rester entendu qu'il ne s'agit pas de rechercher ici si ces personnes pourraient faire servir leur capacité à l'exercice de leur fonction en dehors même de leur territoire, car il est certain qu'elles y sont confinées et qu'elles n'ont pas à satisfaire en dehors de chez elles les intérêts dont elles ont la garde, mais bien de déterminer les limites que rencontre à l'extérieur leur capacité, quand elles en usent pour remplir cette fonction à l'intérieur même de leur pays.

Pour tous les corps autres que l'Etat, on ne conteste pas qu'ils ne soient soumis en France, pour recueillir des dons ou legs, non seulement aux conditions que peut exiger d'eux leur propre loi, mais encore à la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement français, c'est-à-dire aux prescriptions des art. 910 et 937 C. civ. (1), de la même façon que les établissements similaires indigènes. Toutes les considérations, d'ordre public au premier chef, sur lesquelles ces prescriptions reposent, l'intérêt des familles et l'intérêt de l'Etat, commandent impérieusement qu'elles s'appliquent indistinctement à toutes les communautés, quelle qu'en soit la nationalité. Et telle est la solution qui a été expressément consacrée par l'avis du conseil d'Etat du 12 janvier 1854 (2).

310 *bis*-II. Mais on se demande si elle est encore exacte en ce qui concerne les Etats étrangers eux-mêmes. Le doute procède de ce que, d'une part, les dispositions précitées ne visent que les établissements publics et d'utilité publique, et d'autre part, de ce qu'il peut sembler à la fois attentatoire à la souveraineté de ces Etats d'exiger qu'ils se munissent de l'autorisation d'un autre Etat, pour recueillir le bénéfice d'une donation entre vifs ou testamentaire, et dangereux pour ce dernier lui-même, d'être obligé de statuer sur une demande de cette nature. Nous ne croyons cependant pas, quant

(1) *Adde*, loi du 4 février 1901, art. 5, et loi du 1er juillet 1901, art. 11.

(2) Despagnet, n. 48; Surville et Arthuys, n. 138; Capitant, p. 144; Michoud, *loc. cit.*, p. 198 s.; Laîné, *loc. cit.*, p. 300 s. — Cf. aussi les Notes de jurisprudence administrative du C. d'Etat, *Rev. gén. d'admin.*, 1894, I, p. 142 s. L'autorisation d'acquérir des immeubles n'est généralement accordée aux établissements étrangers qu'à charge par eux de s'engager à les aliéner. — Cpr. pour la Belgique, Cass. Belg., 20 mars 1902, *J. Clunet*, 1904, p. 198.

à nous, que ces motifs permettent de traiter plus favorablement les Etats que les établissements qui leur sont subordonnés [1]. D'abord, si l'intérêt du pays où l'acquisition se réalise doit être sauvegardé, c'est assurément surtout alors qu'elle profite à un Etat, puisqu'il peut l'employer à des desseins politiques ou économiques particulièrement dangereux pour ce pays. Il est bien vrai que les acquisitions à titre onéreux que l'Etat pourrait librement faire seraient tout aussi redoutables. Mais ce n'est pas parce qu'il serait parfois très désirabte que les garanties du pays où les biens acquis sont situés fussent augmentées, qu'il faut lui enlever celles que la loi lui assure. On dit bien qu'on ne peut pas étendre l'incapacité des art. 910 et 937 en dehors des termes qui l'édictent. Mais ils offrent un argument *a fortiori* d'autant plus sûr que, ne visant évidemment que les établissements français, ils ne pouvaient parler de l'Etat, qui n'a pas à s'autoriser lui-même, et devaient laisser en dehors la situation des Etats étrangers, très facile à régler, au surplus, par l'application du principe général et d'ordre public qu'ils posaient. Au surplus, puisque les textes ne sont pas applicables et qu'il n'y a qu'à s'inspirer de leur principe, il est permis de tenir compte des susceptibilités internationales en décidant que l'autorisation de l'Etat ne doit pas être nécessairement donnée dans les formes administratives ordinaires et qu'elle peut résulter, soit d'une communication diplomatique, soit même tacitement des circonstances [2].

310 *bis*-III. Faut-il encore considérer comme un principe d'ordre public international, à l'observation duquel soient tenues les personnes morales étrangères, le principe de la spécialité? La doctrine se montre divisée sur cette question, même en ce qui concerne les personnes autres que les Etats, et, quant à ces derniers, peut-être ses solutions n'ont-elles pas non plus toute la netteté désirable.

Si les établissements publics ou d'utilité publique qui

[1] Despagnet, n. 49; Ducrocq, *op. cit.*, p. 63 s.; Lainé, *loc. cit.*, p. 302. — *Contra :* Weiss, *Pand. fr., loc. cit.;* Mérignhac, *Pand. fr.*, 94. 5. 1; Michoud, *loc. cit.*, p. 206 s.; Moreau, *loc. cit.*, p. 344. — Cpr. Surville et Arthuys, *loc. cit.*

[2] Despagnet, n. 49; Surville et Arthuys, *loc. cit.;* Ducrocq, *loc. cit.;* Lainé, *loc. cit.* — Trib. Montdidier, 4 fév. 1892, précité.

appartiennent à des pays où ce principe est consacré comme en France, doivent en subir l'application partout, puisqu'il limite leur capacité ou plutôt la jouissance de leurs droits, il ne nous paraît pas qu'ils y soient encore soumis dans le cas contraire. Sans doute, il peut sembler étrange que la sphère de leur activité soit plus grande dans un pays que celle des établissements similaires qui en relèvent ; et ne peut-on dire que, si la loi locale entend confiner les établissements qu'elle autorise à fonctionner, dans des attributions nettement circonscrites, elle ne peut logiquement admettre aucune distinction entre les nationaux et les autres, surtout au profit de ces derniers? Ce sont pourtant ces objections qui nous fournissent les véritables motifs de notre solution. Elles seraient décisives, en effet, s'il était question d'accorder aux établissements étrangers la faculté de s'acquitter de leur fonction là où ils utilisent leur capacité, et, par exemple, d'y fonder des hôpitaux, d'y ouvrir des caisses d'épargne ou des écoles : on ne comprendrait plus alors, en effet, qu'ils eussent une liberté d'allures dont les établissements indigènes seraient privés, et les mêmes considérations d'ordre public qui auraient fait circonscrire le domaine d'action de ceux-ci exigeraient que les autres n'en sortissent pas non plus. Mais la question, on l'a déjà dit, n'est pas là : étant admis que les établissements étrangers ne peuvent utiliser leur capacité que pour s'acquitter de leur fonction là où ils ont leur siège, qu'importe alors à la loi locale que leur législation étende plus ou moins le cercle de cette fonction et leur permette de poursuivre à la fois les objets les plus différents? Cette répartition des intérêts généraux à sauvegarder entre un nombre plus ou moins considérable de types d'établissements doit la laisser tout à fait indifférente et ne heurte en rien l'ordre public sur lequel elle veille, puisque, en définitive, ce seront uniquement des actes privés, des contrats, des acquisitions, des procès, que ces établissements seront admis à faire dans le pays. Et, du moment que l'ordre public international n'est plus en cause, chacun de ces établissements ne doit plus relever que de sa loi [1].

[1] Michoud, *loc. cit.*, p. 201 s. — *Contra :* Ducrocq, *loc. cit.*, p. 71 s.

310 *bis*-IV. Mais les Etats sont-ils, sous ce rapport, dans une situation différente? Une importante fraction de la doctrine estime qu'ils ne sauraient faire servir la capacité qu'ils tiennent de leur personnalité à toutes sortes d'acquisitions en dehors de leur territoire, et qu'elle doit être strictement limitée aux droits nécessaires à leur destination sociale à l'étranger, sur laquelle doivent être mesurés leurs droits. Mais de là, tandis que les uns concluent qu'il faut les leur refuser tous, sauf le droit d'ester en justice (1), que les autres leur dénient seulement la capacité d'être institués, qui leur est inutile pour jouer le rôle qui leur convient au dehors (2), d'autres auteurs leur concèdent du moins la faculté d'accomplir tous les actes qui se rattachent à leur fonction internationale, par ce motif qu'ils doivent se borner à l'extérieur à personnifier les sociétés qu'ils représentent. Encore cette fonction peut-elle être conçue d'une façon plus ou moins large : et c'est pourquoi, si certains partisans de ce dernier système entendent retirer aux Etats le droit d'être institués légataires universels et d'acquérir d'autres immeubles que ceux qui seraient affectés à l'installation de leurs services diplomatiques ou consulaires ou encore à l'habitation personnelle de leurs représentants (3), il en est qui leur permettent en outre de faire toutes les acquisitions qui auraient pour objet d'assurer à leurs nationaux quelques-uns des avantages de la mère-patrie, tels que l'exercice d'un culte non professé dans les pays qu'ils habitent. Et de fait, il arrive assez souvent qu'ils soient propriétaires de leurs hôtels d'ambassade, d'églises d'un rite particulier ou même d'établissements d'instruction comme la villa Médicis (4).

Mais toutes ces restrictions nous paraissent devoir être également condamnées, comme le principe commun dont elles s'inspirent. Pourquoi, en effet, voudrait-on s'en tenir aux exigences de la fonction internationale des Etats, lorsqu'on se propose de déterminer leur capacité à l'étranger? Il faudrait

(1) Laurent, I, n. 310 et 311.
(2) Moreau, *J. Clunet*, 1892, p. 340 s.
(3) Aubry et Rau, I, § 54, p. 269, n. 1.
(4) Ducrocq, *loc. cit.*, p. 74.

sans doute mesurer leurs droits sur cette fonction, s'il était vrai que ce fût pour leur permettre de la remplir même au dehors que leur personnalité fût reconnue. Or la vraie raison de cette reconnaissance obligatoire est que leurs droits en tant que personnes civiles sont si inséparables de leurs droits comme personnes publiques que ces derniers entraînent nécessairement ceux-là. Et partant, dans quelque but qu'ils en usent au delà de leurs frontières, cet exercice est légitime, pourvu qu'il consiste toujours dans de simples actes privés, par exemple dans des acquisitions, quels qu'en soient le mode et l'objet. Ce n'est point ainsi accorder aux Etats la faculté de créer en territoire étranger de véritables services publics, analogues à ceux de la mère-patrie : cette faculté ne leur appartient pas plus qu'à toutes autres personnes civiles, parce qu'elle serait évidemment attentatoire à la souveraineté des pays où ils prétendaient les établir. C'est seulement les autoriser à mettre à profit leur personnalité à toutes fins, tant que ces fins n'ont rien de contraire à l'ordre public local. Il n'y a donc pas lieu de les assujettir à un soi-disant principe de spécialité, qui les enfermerait à l'étranger dans leur fonction internationale, alors que, par nature, leur rôle est on ne peut plus général et qu'ils peuvent utiliser leur capacité dans l'intérêt même de leurs services intérieurs (1).

311. L'idée de personne est inséparable de celle de droits, puisque c'est elle qui en est le support. Subjectivement on appelle droits les facultés, pouvoirs ou avantages que la loi reconnaît aux personnes (2).

Ils se divisent en droits politiques et droits civils.

Les droits politiques sont ceux que la loi confère aux particuliers dans leurs rapports avec l'Etat ou avec la puissance publique et qui impliquent une certaine participation à cette puissance. Tels sont les droits d'élection et d'éligibilité aux assemblées politiques, le droit de remplir les fonctions publiques, et aussi certains offices qui, quoique se rattachant au droit civil, sont assimilés à ces fonctions sous le rapport des

(1) Cpr. Michoud, *loc. cit.*, p. 208 s.; Laîné, *op. cit.*, p. 294 s.; Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 137 s.

(2) Cpr. Planiol, I, n. 1; Beudant, *Introd.*, n. 6; Capitant, p. 17 s.

conditions d'aptitude qu'ils exigent en la personne de ceux qui sont admis à s'en acquitter (*munera publica*). La détermination de cette catégorie de facultés légales relève du droit constitutionnel.

Les droits civils sont ceux que la loi reconnaît aux personnes dans leurs rapports privés avec d'autres personnes, tous les droits en un mot qui dérivent du droit privé ou civil. Telle est du moins la signification de l'expression « droits civils » quand on l'oppose à celle de « droits politiques ». Mais on la prend quelquefois dans un sens beaucoup plus restreint : elle désigne alors une certaine partie seulement des droits privés, ceux qui sont une création du droit civil, de la loi positive du pays, et qui n'existeraient pas sans elle, par opposition aux droits naturels, qui dérivent du droit des gens [1].

312. L'état (*status*) d'une personne est la position juridique qu'elle occupe dans la société, ou l'ensemble des qualités légales qui, résultant tantôt de faits purs et simples comme la naissance ou l'âge, et tantôt d'actes juridiques comme la naturalisation ou le mariage, lui assignent sa manière d'être et déterminent son individualité [2]. Il est donc essentiellement complexe, puisqu'il procède à la fois des relations que cette personne peut avoir avec les êtres qui l'entourent et les groupes qu'ils forment, les nations et les familles, et de sa propre situation physique. Ainsi il varie pour un individu suivant qu'il est national ou étranger, enfant légitime, naturel ou adoptif, célibataire, marié, veuf ou divorcé, du sexe masculin ou du sexe féminin, majeur ou mineur.

Tous ces éléments sont bien, selon nous, quoi qu'on ait dit, également constitutifs de l'état, et ce n'est pas le confondre avec la capacité que d'y comprendre notamment, comme nous le faisons, la majorité ou la minorité. Ce n'est pas parce que cette qualité entraîne avec elle la capacité ou l'incapacité qu'elle ne fait pas partie intégrante de l'état, puisque toutes

[1] Cpr. Demolombe, I, n. 140; Demante, I, n. 14; Laurent, I, n. 317 et 318; Huc, I, n. 218; Beudant, I, n. 45, 49 et 50; Surville, I, n. 89.

[2] Cpr. Aubry et Rau, I, § 52, p. 259 et 260, n. 1 et 2; Demolombe, I, n. 132 et 135; Demante, I, n. 13; Beudant, *Introd.*, n. 160, et I, n. 93; Planiol, I, n. 419 s.; Capitant, p. 65 s.; Surville, I, n. 85.

les autres qualifications légales dont il est formé sont susceptibles, elles aussi, d'influer sur la nature et l'étendue des droits de l'individu. Ce serait confondre ensemble, au contraire, la cause et l'effet que de faire entrer ces deux situations ou états parmi les éléments de la capacité, puisque ce sont eux qui en sont en partie la source. Au surplus, et cette observation nous paraît péremptoire, il serait étrange qu'on exclût des éléments de l'état précisément ceux qui tiennent à la situation absolue, personnelle de l'individu, et qui exercent de nos jours sur sa condition civile une bien autre influence que ceux qui ne procèdent que de sa situation relative, c'est-à-dire de ses rapports avec une nation ou une famille [1].

L'état de la personne, qui était composé à Rome de trois éléments ou *status*, le *status libertatis*, le *status civitatis* et le *status familiæ*, et qui sous l'ancien régime fut encore plus compliqué, à raison de la distinction des *ordres*, ne comprend que deux de ceux-là dans notre droit, puisque tous les hommes sont libres : la nationalité et la famille. Mais il faut en compter un de plus, et non moins important, qui naît de sa situation physique, notamment sous le rapport du sexe ou de l'âge.

Très logiquement d'ailleurs, et quoique l'usage soit contraire, on pourrait distinguer encore dans l'état un quatrième élément, l'élément professionnel, puisque certaines conséquences juridiques y sont attachées [2].

L'état d'une personne est *politique* ou *civil*, suivant qu'on envisage sa position sous le rapport du droit public (nationalité, qualité de citoyen), ou sous le rapport du droit privé (relations de famille, âge, sexe, état des facultés mentales) [3].

L'état de la personne est une des sources, mais non pas la seule, dont dérivent ses droits et ses obligations, c'est-à-dire leur nature, leur étendue, comme aussi l'aptitude à les exercer ou à les remplir, c'est-à-dire la capacité [4].

(1) Planiol, I, n. 419. — *Contra* : Capitant, p. 68, et note 5. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Planiol, I, n. 419.

(3) Cf. Planiol, I, n. 423-428; Capitant, p. 67.

(4) Planiol, I, n. 430 s.; Capitant, p. 67 s.

313. La capacité juridique est l'aptitude légale à devenir le sujet de droits et d'obligations et à agir comme tel par soi-même et dans la plénitude de son indépendance [1].

Elle est politique ou civile, suivant la nature des droits auxquels elle se rapporte.

La capacité se distingue du *pouvoir,* qui donne à une personne la faculté d'agir, non pour elle-même, mais pour autrui [2].

314. L'ensemble des droits pécuniaires, actifs et passifs, d'une personne, constitue un tout complexe, qu'on appelle son patrimoine; ses biens sont alors envisagés comme formant une universalité de droit.

Le patrimoine laisse en dehors de lui les droits et les obligations de la personne qui ne sont pas appréciables en argent, et notamment ses droits publics, ses droits de puissance, et les devoirs qui correspondent à ces droits.

Si le patrimoine exprimait, comme le disent MM. Aubry et Rau [3], la « personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer », il en résulterait que toute personne, physique ou morale, a et peut seule avoir un patrimoine, et qu'elle n'en a nécessairement qu'un [4]. Mais on a précisément reproché à cette conception d'avoir exagéré cette idée d'unité, en faisant ainsi dériver de l'essence de la personnalité les attributs du patrimoine, et par là de s'être placée hors d'état de justifier certaines solutions légales, en même temps qu'elle empêchait certains développements de cette théorie qui eussent été d'une incontestable utilité pratique [5]. Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces vues divergentes.

(1) Cpr. Aubry et Rau, I, § 52, p. 260, n. 3; Demolombe, I, n. 132; Beudant, *Introd.*, n. 160; Planiol, I, n. 430 et 1610; Surville, I, n. 85; Capitant, p. 68 s. et p. 90 s.

(2) Planiol, I, n. 1611.

(3) VI, § 573, p. 230, n. 6.

(4) Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 231; Planiol, I, n. 2147 s.

(5) Cf. sur cette conception, Gény, *op. cit.*, p. 126 s.

DE LA JOUISSANCE

ET DE LA

PRIVATION DES DROITS CIVILS

(Livre Ier, titre Ier du Code civil)

CHAPITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

315. Quoique les deux expressions consacrées par l'usage ne se fassent pas suffisamment antithèse et qu'elles concentrent l'attention sur le côté actif des facultés légales, à l'exclusion des obligations susceptibles de dériver de leur usage [1], on distingue la *jouissance* d'un droit de son *exercice*. La jouissance consiste dans l'aptitude légale à acquérir le droit, à en être investi, à en devenir le titulaire, ou dans la propriété du droit, acquise en vertu de cette aptitude. L'exercice du droit, c'est l'aptitude légale à en user, à le mettre en œuvre, ou l'usage opéré en vertu de cette aptitude. Ainsi, jouir d'un droit, c'est être apte à l'avoir; l'exercer, c'est être apte à en user lorsqu'on l'a. On jouit du droit de propriété lorsqu'on est apte à être propriétaire; on ne l'exerce pleinement que lorsqu'on peut par soi-même, c'est-à-dire sans représentant légal et sans autorisation, retirer de sa propriété toute l'utilité qu'elle comporte d'après la loi [2].

(1) Cf. Planiol, I, n. 447.
(2) Planiol, I, n. 447; Capitant, p. 90.

De cette distinction même il résulte qu'elle est naturellement inapplicable à tous les droits pour lesquels on ne peut pas concevoir l'exercice séparé de la jouissance, parce qu'il faut les exercer soi-même, sous peine de ne pas les exercer du tout et partant d'en être réellement privé : c'est le cas pour le droit de se marier, de tester, et pour tous les droits politiques, qu'on ne peut évidemment pas exercer par l'intermédiaire d'un représentant [1].

La différence entre la jouissance et l'exercice des droits amène à distinguer deux sortes d'incapacités, l'incapacité de jouissance, ou privation de droits proprement dite, et l'incapacité d'exercice, ou véritable incapacité, et deux grandes catégorie d'incapables, suivant qu'ils sont privés de la jouissance ou seulement de l'exercice de ces facultés légales [2]. Les incapacités, plus ou moins étendues et de nature très différentes, procèdent d'ailleurs de causes très diverses, et, principalement, soit de vues politiques ou économiques qui font refuser à des personnes certains droits, soit d'une pensée de protection des faibles, soit de l'état de dépendance de certains individus par rapport à d'autres personnes, soit enfin d'une pénalité qui entraîne avec elle certaines déchéances [3].

Si précis que soit le sens de cette distinction, il est arrivé pourtant au législateur d'en employer les termes l'un pour l'autre. Ainsi il parle, dans l'art. 7, de l'exercice des droits civils, alors qu'il entend très certainement désigner la jouissance, tandis qu'il parle de la jouissance dans les art. 984 et 985 C. pr., alors qu'il songe non moins certainement à l'exercice [4].

316. Le chapitre Ier du titre Ier traite exclusivement de la jouissance des droits civils.

A qui appartient-elle ? Le nouvel art. 8, al. 1, tel qu'il a été modifié par la loi du 26 juin 1889, répond : « *Tout Français*

(1) Beudant, I, n. 56 ; Capitant, p. 94.

(2) Cpr. Capitant, p. 90 s. ; Planiol, I, n. 1610 ; Beudant, I, n 52 s.

(3) Cfr. Aubry et Rau, I, § 52, p. 261 ; Planiol, I, n. 1613 s. ; Capitant, p. 91 s.

(4) Cpr. Aubry et Rau, I, § 52, p. 261 ; Demolombe, I, n. 139 ; Colmet de Santerre, I, n. 16 *bis*-II ; Laurent, I, n. 319 ; Huc, I, n. 219 ; Planiol, I, n. 1610 ; Beudant, I, n. 43 et 51 s. ; Surville, I, n. 86 ; Capitant, p. 90 s.

jouira des droits civils. » Il suffit donc d'être Français pour avoir cette jouissance : il n'est pas nécessaire d'avoir en outre la jouissance des droits politiques et la qualité de « citoyen », à supposer qu'elle soit, ce qu'on a contesté, encore distincte de la qualité de national (1). C'est ce que déclare expressément le nouvel art. 7, qui n'est qu'un article de renvoi : « *L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales.* »

La plénitude de jouissance des droits civils (et on verra plus tard en quel sens précis il faut prendre ces mots) étant attachée à la qualité de Français, il faut donc rechercher tout d'abord quelles personnes sont françaises, c'est-à-dire étudier la théorie de la nationalité. L'intérêt de cette étude apparaît d'ailleurs sous d'autres aspects, car, d'une part, chaque pays impose à ses nationaux des devoirs particuliers, en même temps qu'il leur assure une protection spéciale, et, d'autre part, le droit international privé commande fréquemment, pour la solution des conflits de lois, l'application de la loi nationale des intéressés (2).

SECTION PREMIÈRE

DES NATIONAUX FRANÇAIS (3)

§ I. *Historique.*

317. Envisagée quant aux individus, la nationalité peut

(1) Sur cette distinction, cf. Beudant, I, n. 46 s.; Planiol, I, n. 425; Demante, *Rev. crit.*, 1869, XXXIV, p. 164 et 208.

(2) Aubry et Rau, I, § 52, p. 261; Demolombe, I, n. 138 et 141; Laurent, I, n. 318; Huc, I, n. 220; Despagnet, 3e édit., 1899, n. 109; Surville et Arthuys, n. 31.

(3) Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2e éd., Paris, 1890; Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, Paris, 1890; R. Vincent, *La loi du 26 juin 1889 sur la nat., Lois nouvelles*, 1889, I, p. 710, 812 et 861; Monnot et Bonde, *Précis sur la nationalité*, Paris, 1890; Leray, *Droit international privé, Loi du 26 juin 1889*, 1890; Bickart, *La loi de 1889*, Paris, 1890; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit intern. privé*, Paris, 1892, t. I (La Nationalité). (C'est à cet ouvrage que se réfèrent, sauf indication contraire, nos citations de cet auteur relatives à la nationalité); Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, n. 31 s.; Rouard de Card, *La nationalité*

être définie le lien qui rattache une personne à une nation déterminée [1].

318. Par un principe supérieur d'ordre public, tout homme doit avoir une nationalité. Comme il lui est impossible de rester étranger pendant sa vie à tout groupement social, si embryonnaire ou si amorphe que soit celui-ci, il doit nécessairement dès sa naissance se rattacher à l'un de ceux qui existent. D'une part, en effet, l'intérêt des tiers avec lesquels il est appelé à entrer en relations veut qu'ils puissent connaître exactement l'étendue de ses droits, qui dépendent dans une large mesure de sa nationalité. D'autre part, le groupe au milieu duquel il vit est au plus haut point intéressé à savoir comment cet individu entend se comporter à son égard, soit dans la paix, pour subir les charges qui pèsent sur les membres du groupe, soit dans la guerre. Nul ne peut donc légitimement vivre en marge de toutes les sociétés et profiter de toutes sans faire partie d'aucune.

Mais, à l'inverse, et par une suite logique du même principe, un homme ne doit pas avoir plusieurs nationalités : « *duarum civitatum,* disait déjà Cicéron, *civis esse nemo potest.* » Ce cumul rendrait, à raison de la diversité des législations, sous beaucoup de rapports, sa condition incertaine, et il serait de plus incompatible avec les devoirs exclusifs que chaque pays impose à ses ressortissants.

La vérité théorique de ces principes n'empêche pas que les nations se sont le plus souvent uniquement préoccupées, dans le règlement de la question de nationalité, de ce qu'elles croyaient être leur intérêt, de telle sorte qu'en revendiquant

franç., Paris, 1893; Geouffre de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, Paris, 1893; Campistron, *Comm. prat. des lois des 26 juin 1889 et 22 juillet 1893*, Paris, 1894; Despagnet, *La loi du 22 juillet 1893*, Paris, 1893; Glard, *De l'acquis. et de la perte de la nationalité française*, Paris, 1893; Alauzet, *De la qualité de Français*, 2e éd., Paris, 1880; Robillard, *Etudes sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français*, Paris, 1874; Chantret, *Caractères du droit de cité à Rome et de la nation. franç.*, Paris, 1876; Cohendy, *Le Droit*, 27 oct., 3 et 10 nov. 1889; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 385 et 561 s.; Gruffy, *J. Clunet*, 1894, p. 472 et 765 s. — Cf. la bibliographie des plus complètes donnée par M. Weiss, *op. cit.*, p. iij.

[1] Cogordan, p. 3; Weiss, I, p. 1; Despagnet, 3e édit., 1899, n. 109; Huc, I, n. 221; Rouard de Card, p. V.

certaines personnes parmi les nationaux ou en infligeant à d'autres la dénationalisation, elles ont créé des catégories d'individus qui ont plusieurs nationalités et d'autres qui, à l'inverse, n'en ont aucune, et suscité entre Etats des conflits à peu près insolubles [1].

319. Chacun devant avoir dès sa naissance une nationalité, comment se détermine cette nationalité d'origine ? Théoriquement trois systèmes sont possibles.

Le premier s'attache exclusivement aux liens du sang : l'enfant prend en naissant la nationalité de ses auteurs. C'est le *jus sanguinis*. Si ce qui fait une nation [2], c'est l'identité de race et la communauté d'intérêts, de souvenirs historiques et d'aspirations, à la vérité nous donnons avec la vie à nos enfants notre propre nationalité : ils sont unis au pays par le même lien qui nous y attache.

Le second système ne prend en considération que le lieu de la naissance : l'enfant est le national du pays où il naît. C'est le *jus soli*. Il ne se justifie pas rationnellement, et ne s'explique que par une exagération de l'idée de souveraineté.

La dernière conception fait une part aux deux précédentes et admet, dans une mesure inégale et très variable, l'influence du *jus sanguinis* et du *jus soli*, c'est-à-dire de la filiation et du milieu dans lequel l'individu a vu le jour. Tout en tenant compte, plus ou moins, des liens du sang, elle suppose chez l'enfant un certain attachement moins pour le sol natal que pour la civilisation particulière à laquelle il appartient par le fait de sa naissance. Ce fait ayant, en tout cas, rendu l'assimilation de l'enfant aux nationaux plus facile ou plus naturelle, le législateur lui offre ou lui impose, suivant les cas, la nationalité du pays où il est né.

320. Ces trois conceptions théoriques ont été successivement appliquées dans le cours de l'histoire [3].

(1) Cf. sur ces conflits, *infra*, n. 590.

(2) Cf. E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* (discours et conférences) ; Ad. Franck, conférence (*Bull. de la Soc. franç. des amis de la paix*); Ch. Brocher, *J. Clunet*, 1880, p. 289; P. Esperson, *eod. loc.*, 1880, p. 24.

(3) Cpr. Cogordan, p. 21-28 ; Weiss, I, p. 32-51 ; Despagnet, n. 118; Surville et Arthuys, n. 32 s. ; Laurent, I, n. 321 ; Huc, I, n. 221 ; Rouard de Card, p. 33; Beudant, I, n. 12 s.

A Rome, la première fut seule en faveur. La cité, n'étant, à l'origine du moins, qu'une agrégation de familles participant au même culte, ne peut compter parmi ses membres que les membres de ces familles elles-mêmes. En principe donc, l'enfant issu *ex justis nuptiis* suit la nationalité de son père au jour de la conception, et l'enfant né en dehors des justes noces la nationalité de sa mère au jour de l'accouchement. Encore cette règle reçoit-elle exception dans certains cas où la cité romaine paraît être trop facilement acquise : c'est ainsi que la loi Minicia avait notamment décidé que l'enfant né de l'union irrégulière d'une Romaine avec un pérégrin serait pérégrin comme son père. Dans un Etat si jaloux, pour des raisons à la fois religieuses et politiques, de son droit de cité, la naissance sur le sol romain ne pouvait être d'aucune influence (1).

321. La féodalité devait prendre le contre-pied de la théorie romaine. Puisque, sous le régime féodal, qui a ses racines dans le sol, la loi territoriale étend son empire sur tout ce qui se trouve dans les limites de la seigneurie, hommes et biens, toute naissance sur la terre du seigneur donne à celui-ci un sujet de plus. « L'homme et la terre étaient une seule et même chose, disait Boissy d'Anglas, dans la séance du 29 frimaire an X (2), et l'un se confondait dans la nature de l'autre. » Si le seigneur y gagnait d'ailleurs un homme, le nouveau ressortissant, lorsqu'il était fils d'aubain, échappait par là aux droit d'aubaine (3).

322. Au XVIe siècle, c'est encore par le *jus soli* que se détermine exclusivement la nationalité « Les vrays et naturels Français, dit Bacquet (4), sont ceux qui sont naiz dedans le royaume, pais, terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance du Roy. » Et ailleurs (5) il ajoute : « nous tenons en France que tout homme, qui n'est né dedans le royaume...., est appelé aubein ou bien estranger : soit qu'il

(1) Gaius, I, § 67, 78, 90 et 92; Ulpien, *Regulæ*, V, § 8 à 10; LL. 19 et 24, D., *De statu hom.*, I, 5. — Cf. Accarias, *Dr. rom.*, I, n. 37 et 46; Girard, *Dr. rom.*, p. 102.

(2) *Archives parlementaires*, III, p. 194.

(3) Laurière, v° *Aubains;* Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XLV.

(4) *Droit d'Aubeine*, I, ch. II, n. 2.

(5) *Op. cit.*, I, ch. II, n. 1.

fasse résidence continuelle au royaume, soit qu'il y demeure pour certain temps seulement, soit qu'il soit simple viateur et passager. En sorte que ce mot d'aubein signifie autant qu'estranger et homme natif hors de France. » L'enfant né en dehors du royaume, de parents français, est donc étranger (1).

Au XVIIIe siècle, Pothier (2), après avoir rappelé la définition de Bacquet, expose en ces termes la vieille doctrine, toujours régnante : « pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domination française soient réputés Français, on ne considère pas s'ils sont nés de parents français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y sont que passagers... Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure. » Mais il ajoute : « des enfants nés dans un pays étranger, d'un père français qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi Français : à plus forte raison, celui qui serait né en pleine mer de parents français doit-il être Français. » Et plus loin il compte deux conditions pour être étranger : « la première, que l'aubain soit né en pays étranger; la seconde, qu'il soit né de parents étrangers, parce que... la seule naissance hors du royaume ne suffit pas pour rendre étranger ». Elle ne suffisait plus en effet : sous les efforts de la jurisprudence, le *jus sanguinis* venait d'être partiellement reconnu à côté du *jus soli,* qui continuait à s'appliquer dans toute sa rigueur aux enfants nés dans les limites de la domination française (3).

323. Cette doctrine ainsi établie à la fin de l'ancien régime, d'après laquelle on naît Français par cela seul qu'on naît en France ou de parents français, fut consacrée par toutes les constitutions qui se succédèrent jusqu'à la promulgation du Code civil (4).

(1) Domat, *Droit public,* liv. I, tit. 6, sect. 4, n. 5.

(2) *Tr. des personnes,* part. 1re, tit. 2, sect. 1re, n. 45.

(3) Arrêt du parlement de Paris du 12 mars 1707, *Journ. des audiences,* V, p. II, liv. VII, p. 21.

(4) Constit. de 1791, tit. II, art. 2 et 3; de 1793, art. 4; de l'an III, art. 8 et 10; de l'an VIII, art. 2 et 3.

324. Cette conception mixte parut d'abord devoir être adoptée par les rédacteurs de ce code. Elle triompha au Conseil d'Etat par des considérations tirées plutôt de l'intérêt de la France que de l'intérêt de l'enfant : les besoins de la conscription, qui préoccupaient avant toute chose le premier Consul, décidèrent, semble-t-il, l'assemblée. Mais le projet fut vivement critiqué par le tribunat, en tant qu'il attribuait la qualité de Français à l'individu né en France de parents étrangers. Quel attachement à la France peut-on espérer, disaient ses orateurs, de celui que le hasard peut-être a fait naître sur la terre française, surtout si, peu de temps après sa naissance, il a été ramené dans le pays auquel il appartient par son origine? « Si chaque nation, observait Siméon, fait une telle déclaration, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons ; on n'appartiendra plus à sa famille, à sa nation ; la patrie dépendra moins de l'affection qui y attache, du choix et de l'établissement, que du hasard de la naissance. Ouvrons nos portes aux étrangers, mais ne nous en saisissons pas malgré eux » (1).

L'observation porta ses fruits. On abandonna le principe du *jus soli,* pour se rattacher au principe du *jus sanguinis.* En d'autres termes, d'après le système du code civil, la nationalité se transmettait par le sang. L'enfant d'un Français naissait Français, quel que fût le lieu de sa naissance (art. 10). Au contraire, l'enfant issu de parents étrangers naissait étranger, même quand il avait vu le jour sur la terre française (art. 9). Et toutefois, comme ce dernier pouvait avoir un certain attachement pour son pays natal, le code civil lui offrait le bénéfice d'un mode de nationalisation privilégié. On l'admettait à réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivait sa majorité, sous la seule condition, s'il résidait en France, de déclarer que son intention était d'y fixer son domicile, et, s'il résidait en pays étranger, de faire sa soumission de fixer son domicile en France et de l'y établir dans

(1) *Rapp. au trib.*, Locré, *Lég.*, II, p. 248, n. 10; *Disc. au C. d'Et.*, p. 35, n. 3, et p. 58 ; Maleville, *Analyse de la discussion du code civ. au Cons. d'Etat*, I, p. 18. — Cf. Hennequin, *Rev. de législ.*, 1852, XLV, p. 78; Beudant, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 70.

l'année de l'acte de soumission. Plus tard, la loi du 22 mars 1849 concéda à cet étranger le droit de faire cette déclaration à tout âge, lorsqu'il aurait satisfait à la loi française sur le recrutement ou servi dans nos armées. Telle fut la part d'influence réservée au *jus soli*.

325. Assez considérable en théorie, cette part fut pratiquement presque nulle. Les étrangers nés en France se montrèrent, en très grande majorité, peu pressés de profiter de la faveur qui leur était faite. Ils continuèrent de résider en France, de génération en génération ; Français par les mœurs, jouissant de toutes les ressources de notre situation économique et de tous les bienfaits de notre civilisation, sans en supporter les charges, ils se refusaient à devenir nos nationaux, précisément pour échapper à celles-ci et à la plus lourde de toutes, le service militaire.

La loi du 7 février 1851 [1] crut obvier à cet abus en attribuant de plein droit la qualité de Français à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né. Mais elle lui accorda néanmoins la faculté de revendiquer la qualité d'étranger dans l'année de sa majorité. La plupart usèrent de ce droit d'option, comme il était facile de le prévoir, et la loi devint de la sorte illusoire. Inutilement la loi du 16 décembre 1874 imposa-t-elle, à ceux qui voudraient ainsi répudier la qualité de Français, l'obligation de justifier par une attestation en due forme de leur gouvernement qu'ils avaient conservé leur nationalité d'origine. Dans la pratique on arrivait encore à se procurer assez aisément ce certificat sans appartenir à aucune nation déterminée.

326. En dépit de tous les efforts, et malgré les facilités nouvelles qu'accordèrent aux fils d'étrangers les lois des 14 février 1882 et 28 juin 1883 pour se rattacher à la France, le nombre des étrangers établis à demeure sur notre territoire et se dérobant à toute tentative d'assimilation continua à croître, tandis que le très faible mouvement ascensionnel de la population française laissait entrevoir pour un avenir peut-être

[1] Cf. Beudant, *De l'effet de la naissance en France sur la nationalité*, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 57.

trop prochain le moment où ses progrès s'arrêteraient tout à fait et où le chiffre des décès dépasserait celui des naissances [1]. Cette situation préoccupait vivement les esprits [2], lorsque vint en discussion au Sénat la proposition de loi due, en 1882, à l'initiative de M. Batbie, et qui tendait moins au remaniement et à la réforme de la législation sur la nationalité qu'à sa coordination.

Aussi la loi du 26 juin 1889 [3], sous la pression des circonstances, a-t-elle eu une bien autre portée. Elle a, très sagement d'après nous [4], sans égard aux mérites théoriques respectifs du *jus sanguinis* et du *jus soli*, considérablement agrandi la sphère de celui-ci, dans le double but de remédier à l'affaiblissement de la natalité en France et d'assimiler, au besoin de force, les étrangers qui s'établissent définitivement sur notre territoire, finissent par rompre toutes relations avec leur patrie d'origine jusqu'à perdre souvent leur nationalité, tirent de notre sol toute leur subsistance, et demandent tout à notre pays, sans rien lui donner en échange. C'est pourquoi elle a supprimé la faculté d'option accordée par la loi de 1851 et réglementée par celle de 1874. D'après elle, l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, est Français purement et simplement, tandis qu'il ne l'était auparavant que sous condition résolutoire. Et, dans le but de faciliter l'accession à la nationalité française, elle a fait, du moins dans un cas, à l'individu né en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés eux-mêmes, une condition analogue à celle que la législation antérieure faisait aux étrangers de la catégorie précédente. Cet individu naît étranger, mais il est déclaré Français, par cela seul qu'il est domicilié en France lors de sa majorité, sauf la faculté pour lui de se réclamer de

(1) C'est ce qui s'est produit, temporairement il est vrai, presque aussitôt après le vote de la loi de 1889, dès 1890.

(2) Paul Leroy-Beaulieu, *J. Clunet*, 1888, p. 169, et *J. des Débats*, 1er juill. 1885.

(3) On trouvera dans l'ouvrage de M. Weiss, p. 51, l'indication des documents parlementaires qui sont relatifs à la loi. Sur les travaux préparatoires de la loi, cpr. Rouard de Card, p. 22 s.

(4) Cpr. Despagnet, n. 115; Rouard de Card, p. 28 s.; Campistron, n. 3; Beudant, I, n. 10, 11 et 14; Ducrocq, *J. de la Soc. de statist. de Paris*, 1890, XXXI, p. 69.

sa nationalité étrangère dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française. La loi de 1889 a enfin, toujours pour le même objet, établi de nombreux cas de bienfait de la loi, rendu la naturalisation proprement dite plus facile, et restreint le nombre des causes qui font perdre la qualité de Français. Ainsi, et quoi qu'on puisse penser de la façon dont elles ont été mises en œuvre, les idées qui ont présidé à l'élaboration de la loi sont très nettes et beaucoup plus harmoniques qu'on ne le prétend généralement.

327. Mais, d'une part, en imposant la nationalité française à certains étrangers (art. 8-3°) sans faculté de répudiation, cette loi souleva de nombreuses réclamations. Et, d'autre part, en facilitant à d'autres l'acquisition de cette nationalité, elle permit à des individus indignes de devenir, sans que nul pût s'y opposer, les ressortissants de la France. C'est pourquoi la loi du 22 juillet 1893 [1] est venue modifier sur un double point la loi de 1889. Elle a d'abord restitué la faculté de répudier la nationalié française à l'enfant né en France d'une étrangère qui elle-même y est née, laissant soumis au droit existant l'enfant issu d'un père étranger. Elle a, en second lieu, conféré au gouvernement le pouvoir de s'opposer à l'acquisition de la nationalité française par un individu indigne, au moyen du bienfait de la loi, et par là sensiblement dénaturé ce mode particulier de nationalisation.

328. Il convient, avant d'entrer dans les longs développements que comporte l'explication de notre législation actuelle, d'observer que la loi de 1889 a modifié les art. 7 à 10, 12 et 13, 17 à 21 du code civil (art. 1), et abrogé les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811, les lois des 22 mars 1849, 7 février 1851, 29 juin 1867, 16 décembre 1874, 14 février 1882 et 28 juin 1883, ainsi que toutes les dispositions qui lui sont contraires (art. 6). Mais, malgré cette abrogation, il est utile, à bien des points de vue, de retracer au moins succinctement, sur chaque point, la législation antérieure.

Enfin, en exécution de l'art. 5 de la loi de 1889, a été rendu, à la date du 13 août 1889, un règlement d'administra-

[1] Cf. sur les travaux préparatoires de cette loi, Rouard de Card, p. 30 et 31.

tion publique « déterminant « les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire et à la naturalisation de faveur, dans les cas prévus par les art. 9 et 10 du Code civil, ainsi qu'à la renonciation à la qualité de Français dans les cas prévus par les art. 8, § 4, 12 et 18. » Et de très nombreuses instructions ministérielles ont eu pour objet l'application de la législation nouvelle [1].

§ II. *De l'acquisition de la qualité de Français.*

329. On naît Français ou on le devient après sa naissance. En d'autres termes, on peut être Français par la naissance, par l'origine, ou en vertu d'un fait postérieur à la naissance, c'est-à-dire soit par le bienfait de la loi, soit par la naturalisation, soit par l'annexion.

I. *De l'acquisition de la qualité de Français par la naissance* [2].

330. Ce mode d'acquisition de la nationalité française opère dans trois cas.

PREMIER CAS. — *Enfant issu de parents français* (art. 8-1°) [3].

331. La filiation est attributive de nationalité : l'enfant issu de parents français est donc Français, qu'il soit né en France ou à l'étranger. Cette règle, qui n'avait été formellement appliquée par l'art. 10 al. 1 du code civil qu'aux enfants nés de Français en pays étranger, l'art. 2 du projet conférant déjà la nationalité française à tout individu né sur notre sol, a été expressément formulée par le nouvel art. 8-1° [4] : est

[1] On en trouvera l'énumération dans les ouvrages de MM. Campistron, p. 17, note 2, et Rouard de Card, p. 26, note 3. — Cf. O. Stemler, *Applic. prat. de la nouvelle loi sur la nat. par l'administration*, *J. Clunet*, 1890, p. 385 s., 561 s.; Gruffy, *J. Clunet*, 1894, p. 472 et 765 s. — Sur l'application de la loi du 26 juin 1889 à l'Algérie, cf. Civ. rej., 26 oct. 1904, *J. Clunet*, 1905, p. 658.

[2] Beudant, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 57; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1865, XXVI, p. 214 et 295.

[3] Surville, *Rev. crit.*, 1888, XVII, p. 506.

[4] On cite très souvent les différentes parties de l'art. 8, qui est si démesurément long, en parlant, comme l'ont fait elles-mêmes les lois de 1889 et de 1893,

Français : « *Tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger.* » Nous l'appliquerons successivement aux enfants légitimes, aux enfants naturels et aux enfants adoptifs.

332. Enfants légitimes. — L'enfant légitime prend la nationalité de son père, chef de la famille, et peu importe que la nationalité de la mère soit différente de celle du père, ce qui arrive rarement, au reste. Telle est la tradition : la règle romaine « *cum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur* » (L. 19, D., *De statu hom.*, I, 5; Ulp., *Reg.*, V, § 8) a toujours été admise dans notre ancien droit [1]; et elle a été même appliquée par la loi de 1889 aux enfants naturels dont la double filiation résulte d'un seul et même acte. Permettre, comme on l'a proposé, à l'enfant dont les père et mère ont deux nationalités différentes, de choisir entre celles-ci, serait contraire à l'intérêt social, qui veut que la nationalité de l'enfant ne reste pas longtemps incertaine [2].

Que si l'un seulement des auteurs de l'enfant avait une nationalité, c'est celle-ci tout naturellement que l'enfant prendrait [3].

333. Enfants naturels. — La filiation des enfants naturels n'est établie que par une reconnaissance, volontaire ou forcée. Lorsqu'elle ne l'est pas, l'enfant rentre dans la catégorie des enfants nés de parents inconnus, dont il sera parlé plus loin. Lorsqu'elle l'est, trois cas peuvent se présenter, suivant que l'enfant a été reconnu par l'un seulement de ses deux

de ses paragraphes 1, 2 et 3, etc., correspondant aux 1°, 2°, 3°, etc., de ce texte Et cet usage se comprend d'autant mieux que le n° 5 de cette disposition est lui-même subdivisé en numéros. Mais, en fait, si on se reporte au texte de l'article, on constate que le 1° n'est pas le § 1, mais le § 2, et ainsi de suite. Il nous paraît à la fois plus correct et plus clair de citer ces divers alinéas en disant : art. 8-1°, 8-2°, etc., ce qui exclut absolument toute chance d'erreur.

(1) Pothier, *Traité des pers.*, 1re part., tit. II, sect. 1, n. 46.

(2) Aubry et Rau, I, § 69, p. 349, n. 4; Demolombe, I, n. 148; Colmet de Santerre, I, n. 19 *bis*, I; Huc, I, n. 222; Beudant, I, n. 16-1°; de Folleville, n. 330; Despagnet, n. 119; Weiss, I, p. 53 s.; Surville et Arthuys, n. 37; Cogordan, p. 29; Campistron, n. 12; Rouard de Card, p. 46; Le Sueur et Dreyfus, p. 12; Vincent, n. 7. — Cf. Laurent, *Principes de dr. civ.*, I, n. 326, et *Dr. civ. intern.*, III, n. 183. — Paris, 30 juill. 1855, S., 56. 2. 275.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 349; Despagnet, *loc. cit.*; Weiss, I, p. 55; Laurent, I, n. 326.

auteurs, ou par les deux dans un seul et même acte, ou par les deux dans deux actes différents.

334. *Premier cas.* Si l'enfant n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, il prend nécessairement la nationalité de celui-ci ([1]). Et comme la reconnaissance n'est pas attributive, mais simplement déclarative de filiation, l'auteur transmet à l'enfant la nationalité qu'il avait, non au moment de la reconnaissance, mais au moment de la naissance ou de la conception de celui-ci (suivant qu'on accepte l'une ou l'autre des théories qui seront discutées plus loin) ([2]).

Mais, si la filiation de l'enfant n'était établie qu'après sa majorité (telle qu'elle est déterminée par la loi française), il conserverait la nationalité qu'il a eue jusque là, c'est-à-dire la nationalité française ([3]), et la reconnaissance serait impuissante à lui infliger une dénationalisation qui, opérant avec effet rétroactif longtemps après la naissance, modifierait complètement, même dans le passé, l'état de l'enfant. C'est là une innovation de la loi de 1889 (art. 8-1°), et une règle applicable aux trois cas ([4]).

Au surplus, toute reconnaissance étant susceptible de contestation de la part de l'enfant, surtout, en fait, lorsqu'elle émane du père, la jurisprudence tend à ne conférer à l'enfant la nationalité de celui-ci qu'autant qu'il a expressément ou tacitement accepté la reconnaissance ([5]).

335. *Deuxième cas.* L'enfant a été reconnu par ses deux auteurs dans un seul et même acte : il suit alors la nationa-

([1]) Aubry et Rau, I, § 69, p. 349; Demolombe, I, n. 149; Colmet de Santerre, I, n. 19 *bis*, IV; Laurent, I, n. 330; Huc, I, n. 223; Despagnet, n. 170; Weiss, I, p. 61; Cogordan, p. 30; de Folleville, n. 335; Campistron, n. 19; Rouard de Card, p. 50. — Trib. civ. Evreux, 17 août, 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 194.

([2]) Despagnet, n. 120; Weiss, I, p. 62; Cogordan, p. 34; Campistron, n. 22; Rouard de Card, p. 54; Chausse, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 210. — Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. de Boeck. — Bourges, 15 déc. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 811. — *Contra* : Le Sueur et Dreyfus, p. 16.

([3]) Cf. *infra*, n. 342.

([4]) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 350, n. 10; Colmet de Santerre, I, n. 19 *bis*, V; Beudant, I, n. 16-2° *a*; Despagnet, n. 120; Campistron, n. 21; Rouard de Card, p. 56. — Cpr. Trib. Saint-Gaudens, 12 janv. 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 858.

([5]) Despagnet, n. 120; Weiss, I, p. 63; Cogordan, p. 30. — Req. rej., 15 juill. 1840, S., 40. 1. 900, D., 40. 1. 283. — Caen, 18 fév. 1852, S., 52. 2. 432, D., 53. 2. 61.

lité de son père, comme s'il était légitime, toujours à raison de la prépondérance attribuée au père par la loi [1]. « *Si elle* (la preuve de la filiation) *résulte pour le père ou* (lisez : et) *la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père* » (N. art. 8-1°).

C'est en ces termes que la loi de 1889 a tranché la controverse qu'avait fait naître sur ce point le silence du code civil. D'après les uns, l'enfant devait suivre la condition de sa mère, comme dans la théorie romaine : *vulgo quæsitus matrem sequitur* [2], d'autant mieux que la maternité présente le plus souvent un caractère de certitude que ne peut jamais avoir la paternité [3]. Les autres voulaient que l'enfant pût opter, selon son intérêt, entre les deux nationalités qui s'offraient à lui, puisqu'aucune règle de droit ne lui en imposait une [4]. Enfin, dans une troisième opinion, qui avait pour elle, et avec raison selon nous, la majorité de la doctrine et la jurisprudence, on décidait que l'enfant suivrait la nationalité de son père. La filiation naturelle établit, en effet, dans notre droit entre ces deux personnes des rapports analogues à ceux qui découlent de la filiation légitime. Et, comme le droit romain avait sur ce point d'autres principes, on ne pouvait qu'en écarter la théorie [5].

336. *Troisième cas.* Si l'enfant a été reconnu par ses deux auteurs dans deux actes distincts, il suit la nationalité de celui à l'égard duquel sa filiation a été constatée en premier lieu. En effet le N. art. 8-1° a résolu cette question, qui donnait lieu à la même discussion que la précédente, dans les termes suivants : « *L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement,*

(1) Cf. Campistron, n. 16; Rouard de Card, p. 51 s. — Trib. Nice, 2 fév. 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 860.

(2) L. 19 et 24, D., *De statu hom.*, I, 5; Ulpien, *Reg.*, V, 8.

(3) Duranton, I, n. 123-126; Cogordan, p. 32. — Cpr. Trib. Bourges, 12 nov. 1896, sous Bourges, 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425. — Bucarest, 9 mai 1901, S., 1904. 4. 20.

(4) Richelot, *Principes de droit civil fr.*, I, n. 66; Laurent, I, n. 331.

(5) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 69, p. 232, n. 4; Demolombe, I, n. 149 et 150; Proudhon et Valette, I, p. 120 s.; Toullier, I, n. 259 et 260; Demante, I, n. 18 *bis*, I; Despagnet, n. 120; Weiss, I, p. 64 s.; de Folleville, n. 340; Fuzier-Herman, art. 10, n. 9. — Req. rej., 22 déc. 1874, S., 75. 1. 423, D., 75. 1. 316.

suit la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. » On a voulu éviter de la sorte à l'enfant des changements de nationalité successifs (1).

L'enfant suivrait d'ailleurs nécessairement la nationalité du père, si les deux reconnaissances étaient concomitantes (2). Et enfin, contrairement au principe, il suivrait celle de l'auteur qui l'a reconnu le dernier, sauf, il est vrai, faculté de répudiation, si celui-ci était né en France comme l'enfant, par application de l'art. 8-3° (3).

337. Il résulte, selon l'opinion commune, de la décision de la loi et des motifs qui l'ont inspirée, que la légitimation de l'enfant resterait absolument sans influence sur sa nationalité, antérieurement fixée par la reconnaissance d'un de ses auteurs. Il est vrai que l'enfant légitimé aurait dû logiquement être traité, même sous le rapport de sa filiation, comme l'enfant légitime (art. 333 C. civ.). Mais il ressort de la loi même qu'elle s'est écartée sur ce point des principes généraux, en ne s'attachant qu'au fait de la reconnaissance. La solution opposée ferait subir à l'enfant, comme on le reconnaît, un changement de nationalité qui opèrerait sans effet rétroactif, à compter de la légitimation. Or aucun texte ne laisse entrevoir la possibilité, à la suite de ce fait, d'un pareil changement (4).

338. Quant aux enfants adultérins ou incestueux, leur filiation peut être légalement constante, soit à la suite d'une instance en désaveu, soit à la suite d'une instance en annulation de mariage. Au premier cas, désavoués par le mari de leur mère, ils empruntent forcément sa nationalité à celle-ci, à l'égard de qui seule leur filiation est certaine. Au second,

(1) Huc, I, n. 223; Despagnet, n. 170; Weiss, I, p. 67; Cogordan, p. 33; Campistron, n. 17; Rouard de Card, p. 53. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 38.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 350, n. 8; Le Sueur et Dreyfus, p. 17.

(3) Despagnet, n. 120. — Cf. *infra*, n. 351. — Cpr. Trib. Saint-Gaudens, 12 janv. 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 858.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 351, n. 13; Weiss, I, p. 74; Cogordan, p. 35; Campistron, n. 18; Rouard de Card, p. 59. — Trib. Avesnes, 12 juin 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 472. — Trib. Bourges, 12 nov. 1896, sous Bourges, 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425, *J. Clunet*, 1897, p. 811. — *Contra* : Despagnet, n. 120. — Cpr. Trib. Boulogne-sur-Mer, 9 mai 1905, *J. Clunet*, 1905, p. 661. — Cf. Surville et Arthuys, n. 38; Gruffy, *J. Clunet*, 1895, p. 982 s.; Pic, *Note*, D., 1902. 2. 425.

ils doivent être, au point de vue qui nous occupe, assimilés aux enfants légitimes, si le mariage annulé est putatif, et, dans le cas contraire, aux enfants naturels simples reconnus par leurs père et mère dans un seul et même acte, puisque leur filiation est alors établie, à l'égard de leurs deux auteurs, par le rapprochement de leur propre acte de naissance et de l'acte de mariage des anciens époux [1].

339. Une dernière question générale reste à résoudre. A quelle époque faut-il se placer pour déterminer la nationalité que le père ou la mère transmet à son enfant, légitime ou naturel suivant les distinctions qui viennent d'être établies, lorsque cet auteur a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance? Est-ce à l'époque où l'enfant a été conçu, à celle où il est né, ou même à une époque quelconque de la gestation? De nombreux systèmes ont été proposés.

Dans un premier système, qui a pour lui le droit romain [2], on s'attache à l'époque de la naissance lorsque l'enfant suit la nationalité de la mère, et à l'époque de la conception lorsqu'il suit celle du père, l'œuvre de celui-ci étant dès lors terminée [3].

Dans une autre théorie, on se place toujours et sans distinction à l'époque de la naissance. On remarque, à l'appui de cette opinion, que le texte de l'art. 8-1°, qui parle d'enfant « né », ne fait aucune allusion à la conception, dont l'époque, toujours douteuse, ne saurait être d'ailleurs déterminée par les présomptions de l'art. **312**, absolument étrangères à notre matière. — Mais les défenseurs de ce système se divisent eux-mêmes lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité du posthume légitime : les uns lui attribuent celle qu'avait son père au jour de sa mort [4], les autres celle de sa mère, par ce motif

[1] Despagnet, n. 120; Weiss, I, p. 72; Cogordan, p. 35; Campistron, n. 23; Rouard de Card, p. 58. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 351, n. 12; Beudant, I, n. 17.

[2] Gaius, I, § 89; Ulpien, *Reg.*, V, § 10; Paul, *Sententiæ*, II, 24, § I.

[3] Duranton, I, n. 130; Demante, 2e éd., I, n. 18 *bis*, II. — Cpr. Trib. Bourges, 12 nov. 1896, sous Bourges, 15 déc. 1896, précité.

[4] Cogordan, p. 35 et 36; Campistron, n. 14. — Cpr. Stemler, *loc. cit.*, p. 388.

que, le père disparu, il n'y a plus conflit entre les nationalités des deux parents, et qu'il y a tout lieu dès lors de lui reconnaître celle du survivant [1].

L'opinion dominante admet, avec raison selon nous, qu'en principe il faut se reporter à la naissance de l'enfant pour déterminer la nationalité qui lui est transmise, car c'est seulement à dater de ce jour que l'enfant compte comme un être distinct dans la société. Toutefois, par application de la maxime *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur,* dont la portée est absolument générale, puisqu'elle a pour unique fondement l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de se référer à l'époque de la conception ou même à tout autre moment de la gestation, toutes les fois que cela doit avoir pour résultat de faire bénéficier l'enfant de la qualité de Français, car, aux yeux de la loi française, c'est un avantage de naître Français. L'enfant n'aura pas d'ailleurs, comme on l'a proposé [2], la faculté de choisir entre les nationalités successives de son auteur, suivant son avantage ou son caprice, car c'est la loi, et non sa volonté, qui détermine sa nationalité d'origine : or son intérêt, souverainement apprécié par la loi, est, en l'espèce, de naître Français. On a, il est vrai, objecté contre cette doctrine que l'art. 8-1°, reproduisant les termes de l'ancien art. 10, paraissait s'attacher exclusivement au fait de la naissance, puisqu'il parlait de l'enfant *né* d'un Français. Mais on a fort bien répondu que né est ici synonyme d'issu. Cette solution s'inspire d'ailleurs de l'esprit même de la loi, qui est d'augmenter autant que possible le nombre de nos nationaux [3].

340. Nous appliquerions cette solution sans distinguer, comme paraissent le faire certains auteurs, suivant que l'enfant doit suivre la nationalité de son père ou qu'il doit pren-

[1] Huc, I, n. 225; Despagnet, n. 119 et 120; Weiss, I, p. 57 s. et 71; Rouard de Card, p. 48, 49 et 54; Vincent, n. 10 et 13. — Cf. Nancy, 25 mars 1890, précité. — Cass. Belg., 18 fév. 1887, S., 88. 4. 15, et note, D., 82. 2. 9, note de M. de Boeck.

[2] Richelot, I, n. 65, note 16; Taulier, I, p. 104; Laurent, I, n. 327.

[3] Aubry et Rau, I, § 69, p. 347 et 348, n. 2, 3 et 5; Demolombe, I, n. 151; Beudant, I, n. 16-1°; Surville et Arthuys, n. 37; de Folleville, n. 345; Le Sueur et Dreyfus, p. 13; Fuzier-Herman, art. 10, n. 5 et 6. — Cpr. Pic, *Note*, D., 1902. 2. 425.

dre celle de sa mère. Ainsi un enfant naturel, reconnu par sa mère seulement, devrait être considéré comme Français de naissance, si sa mère, Française lors de la conception, était devenue étrangère lors de l'accouchement. Pourquoi la règle *infans conceptus* ne serait-elle plus applicable, en effet, quand l'enfant doit suivre la nationalité de sa mère, alors que le législateur a montré son intention de lui donner la plus large portée, en l'appliquant à des cas (art. 725 et 906) moins favorables que celui de la transmission de la nationalité [1]?

341. Enfants adoptifs. — Il est évident que dans notre droit, où l'adoption ne crée que des rapports fictifs de paternité et de filiation, sans même faire sortir l'enfant de sa famille naturelle, elle doit rester sans influence sur la nationalité de l'adopté [2].

Deuxième cas. — *Enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue* (art. 8-2°).

342. Le code civil n'avait rien dit de la nationalité des enfants nés en France de parents inconnus ou sans nationalité certaine. Aussi deux opinions s'étaient-elles fait jour à ce sujet. D'après la première, ces enfants naissaient étrangers, dans l'impossibilité où ils étaient de se rattacher à des parents français, sauf à bénéficier des dispositions de l'art. 9 du code civil [3]. Il étaient donc présumés nés de parents étrangers. Mais la supposition contraire n'était-elle pas plus vraisemblable ? Et lorsque l'origne de l'enfant ou la nationalité de ses auteurs sont inconnues, le lieu de sa naissance ne devait-il pas avoir une influence décisive sur la détermination de sa nationalité ? C'est ce que pensaient, dans un second système, la majorité des auteurs et la jurisprudence, qui invoquaient, d'autre part, en sa faveur, le décret de la Convention nationale du 4 juillet 1793, déclarant les enfants trouvés « enfants naturels de la patrie », et le décret du

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 349, n. 7. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 57, note 1.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 351, n. 14 *bis ;* Laurent, *Droit civ. inter.*, III, n. 105; Cogordan, p. 37; Weiss, I, p. 75 ; Campistron, n. 24; Rouard de Card, p. 61. — Cpr. Civ. cass., 7 juin 1826, S., 26. 1. 330, D., 26. 1. 299.

[3] Richelot, I, n. 66; Laurent, I, n. 328.

19 janvier 1811, lequel les avait incorporés dans l'armée (1).

C'est cette dernière solution qui a été consacrée par l'art. 8-2°, ainsi conçu : est Français « *tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue* ».

Il en est nécessairement ainsi, par application de ce texte, de l'enfant adultérin ou incestueux dont la filiation n'est pas légalement constante, eût-il été l'objet d'une reconnaissance, puisqu'elle ne peut produire aucun effet (art. 335) (2), ou même de l'enfant dont l'acte de naissance énonce le nom de sa mère, de nationalité étrangère, si cette simple indication est considérée comme n'emportant pas reconnaissance (3).

On sait aussi que l'enfant né de parents inconnus resterait Français en dépit d'une reconnaissance qui, émanée d'un étranger, ne serait survenue qu'après sa majorité.

Enfin, c'est par le fait de sa naissance sur notre sol que l'enfant issu de parents dont la nationalité est inconnue devient Français : il ne saurait donc suffire qu'il ait été conçu dans notre pays (4).

TROISIÈME CAS. — *Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né* (art. 8-3°).

343. La situation de cet individu a passé par quatre phases successives depuis 1804.

Le code civil n'avait fait aucune différence entre l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né et celui qui est issu d'un étranger né hors de notre pays : l'accession à la nationalité française était seulement facilitée à l'un comme à l'autre par l'art. 9. Par leur peu d'empressement à effec-

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 1 ; Aubry et Rau, 4e éd., I, § 69, p. 232, n. 6 ; Demolombe, I, n. 154 ; Valette, *Explic. som.*, p. 10 ; Demante, 2e éd., I, n. 18 *bis*-IV ; Huc, I, n. 225 ; Despagnet, n. 126 ; Weiss, I, p. 210 ; Surville et Arthuys, n. 38 *in fine* ; Cogordan, p. 112 ; de Folleville, n. 147 ; Fœlix, *Rev. étr. et fr.*, 1840, VII, p. 201 ; Beudant, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 57 ; Fuzier-Herman, art. 10, n. 12. — Req. rej., 14 juin 1887, S., 88. 1. 77, D., 88. 1. 64. — Paris, 30 juin 1892, D., 93. 2. 543. — Crim. cass., 22 avril 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 734.

(2) Aubry et Rau, § 69, p. 354, n. 26 ; Beudant, I, n. 17.

(3) Aix, 4 juin 1896, S., 98. 2. 103. D., 96. 2. 361, note de M. Dupuis. — Trib. corr. Seine, 17 fév. 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 349. — Cpr. Trib. corr. Grasse, 17 juil. 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 615.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 354, n. 28.

tuer la déclaration nécessaire pour cet objet, les intéressés montrèrent qu'ils appréciaient médiocrement la faveur qui leur était faite. Etablis de père en fils sur notre territoire, toujours étrangers aux yeux de notre loi, alors que souvent ils avaient perdu leur nationalité dans leur propre pays par leur établissement en France, ils préféraient profiter de leur situation équivoque, échappant partout aux charges auxquelles toute nation astreint ses ressortissants, bénéficiant partout des droits étendus reconnus à l'étranger.

344. Le nombre toujours croissant de ces étrangers, qui peuplaient surtout les départements-frontières, décida le législateur à modifier la situation qui leur était faite. D'après la loi du 7 février 1851, art. 1er, « est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger ». Les individus visés par la loi devenaient donc ainsi Français, mais sous la condition résolutoire de leur option pour la nationalité étrangère. Or la plupart manifestèrent leur volonté de demeurer étrangers, surtout en vue de se soustraire à la charge du service militaire. Vainement la loi du 16 décembre 1874 vint-elle rendre plus difficile la répudiation de la qualité de Français, en déclarant qu'elle ne serait opérante qu'à la condition que l'étranger justifiât « avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurerait annexée à la déclaration ». Cette exigence n'eut pas les résultats qu'on en attendait [1].

345. Il ne restait qu'un parti à prendre, si on voulait absolument assimiler ceux qui s'étaient jusque-là montrés si réfractaires à toute assimilation : supprimer la faculté d'option qui leur était accordée par la loi de 1851. C'est ce que fit le

[1] Sur l'application de la loi de 1851, cf. Chambéry, 9 février 1898, *J. Clunet*, 1901, p. 793. — Alger, 14 nov. 1899, D., 1901. 2. 39. — Civ. cass., 14 avril 1902, D., 1903. 5. 267. — Req. rej., 9 déc. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 856.

législateur de 1889 : « *Est Français,* dit l'art. 8-3°, *tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.* » Là réside l'innovation capitale de la loi [1], qui a ainsi restitué au *jus soli* dans notre droit une influence qu'il avait depuis longtemps perdue. Elle a donc supposé à l'enfant, issu d'un individu né sur notre sol comme lui-même, des tendances, des habitudes, des mœurs françaises, et un véritable attachement pour le pays où lui et son auteur ont vu le jour. Mais elle a surtout voulu déjouer les calculs intéressés dont la France était dupe, et voilà pourquoi la présomption sur laquelle repose la disposition légale ne pouvait être, sous l'empire de la loi de 1889, renversée par une déclaration contraire [2].

346. D'après cette loi, l'attribution de nationalité était irrévocable dans tous les cas, par cela seul que l'un des auteurs de l'enfant était né en France, que ce fût la mère ou le père. L'art. 8-3° parlait, en effet, de l'individu né en France d'*un étranger* qui lui-même y était né, et non de l'individu né de parents étrangers, et les motifs de cet article ne comportaient pas non plus de distinction. C'est en ce sens que se prononcèrent la doctrine et la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1889, comme sous celui de la loi de 1851 [3].

Mais cette interprétation suscita des réclamations de la part des gouvernements étrangers. Ils observèrent habilement que, dans une législation comme la nôtre, où « la personnalité du père est si exclusivement dominante, et celle de la mère si effacée » [4], il était irrationnel de déterminer

(1) Rapport de M. A. Dubost, *Journal officiel,* Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1887, p. 234 et 235.

(2) Huc, I, n. 226-228 ; Despagnet, n. 123 et 127 ; Weiss, I, p. 194 s. ; Cogordan, p. 104 s. ; Rouard de Card, p. 68 s.

(3) Aubry et Rau, I, § 69, p. 355, n. 30 ; Demante, 2e éd., I, n. 20 *bis,* III ; Huc, I, n. 228 ; Beudant, I, n. 19 ; Despagnet, n. 120, 127 et 128 ; Surville et Arthuys, n. 39, I ; Weiss, I, p. 201 ; Campistron, n. 30 ; Rouard de Card, p. 70 s. ; Audinet, *J. Clunet,* 1889, p. 199. — Req. rej., 7 déc. 1891, S., 92. 1. 81, rapport de M. Féraud-Giraud, et note de M. Pillet, D., 92. 1. 87. — Rennes, 18 avril 1893, D., 93. 2. 573. — Civ. cass., 14 avril 1902, D., 1903. 5. 267. — Cpr. Civ. cass., 12 avril 1892, S., 93. 1. 150, D., 93. 1. 126.

(4) Rapport de M. Eug. Mir, *J. off.*, Chamb. des dép., 1893, *Doc. parl.*, p. 446. — Cf. Despagnet, *La loi de 1893,* n. 3-6.

d'après le lieu de naissance de la mère la nationalité de l'enfant lui-même, alors surtout que la naissance de celui-ci avait pu survenir en France d'une façon tout accidentelle. En fait, ils s'efforçaient ainsi de soustraire à l'empire de la loi le cas le plus fréquent, c'est-à-dire celui où des femmes françaises avaient épousé des étrangers établis dans le pays. Si peu fondées qu'elles fussent étant donné le but initial de la loi, et quoique la modification de celle-ci dût avoir des résultats vraiment bizarres [1], on a cru devoir accorder satisfaction à ces réclamations, du moins dans une très large mesure. Tel a été l'objet de la loi du 22 juillet 1893, qui a substitué la rédaction suivante à celle de l'art. 8-3° de la loi de 1889 : est Français « *Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né; sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui suivra sa majorité la qualité de Français, en se conformant aux dispositions du paragraphe 4 ci-après. — L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du paragraphe 1er, 2e alinéa, suivre la nationalité.* » La faculté de répudiation, complètement supprimée en 1889, a donc partiellement reparu en 1893.

347. Une double condition est nécessaire pour l'application de la disposition dont on vient de retracer les précédents :

1° L'un des auteurs au moins de l'enfant, soit le père, soit la mère, doit être né en France ;

2° L'enfant y doit être né lui-même : il ne suffit pas qu'il y ait été conçu [2].

Un individu doit d'ailleurs être réputé né en France dès que sa naissance est survenue sur une surface soumise à cette époque à la souveraineté française et considérée comme faisant partie du territoire français. Tel est le cas notamment pour celui qui est né sur le territoire continental ou colonial

(1) Cf. à ce sujet, Despagnet, n 127, p. 256 et 257.
(2) Aubry et Rau, I, § 69, p. 357, n. 33 ; Despagnet, n. 124.

de la France [1], alors même que ce territoire en a été séparé postérieurement, car le démembrement ne se produit pas avec effet rétroactif [2], et aussi pour celui qui est né sur un navire de guerre ou un bâtiment postal français, ou même sur un navire de commerce battant notre pavillon, alors du moins que ce dernier ne se trouvait pas dans les eaux territoriales étrangères [3]. Mais on ne doit pas au contraire considérer comme territoire français celui d'un pays placé seulement sous le protectorat du nôtre et qui comme tel conserve en droit sa souveraineté [4].

348. Mais cette double condition est aussi suffisante. Ainsi :

1° Aucune condition de résidence, ni à plus forte raison de domicile en France, n'est exigée, ni de la part de l'auteur de l'enfant, ni de la part de l'enfant lui-même. Il importerait donc peu que l'enfant ou son auteur fût né accidentellement en France, au cours d'un voyage par exemple, et n'y eût jamais résidé. La généralité du texte fait obstacle à toute distinction, non moins que le désir du législateur d'éviter tout ce qui aurait pu énerver la loi. Peut-être, a-t-on observé, eût-il été préférable de n'imposer la qualité de Français à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né, qu'autant qu'il se trouverait domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité. Mais l'intéressé n'aurait-il pas trouvé dans cette nouvelle condition un moyen de tourner la loi, en transportant temporairement, fictivement peut-être, son domicile à l'étranger [5] ?

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 358, n. 35 ; Despagnet, n. 124 ; Beudant, *Rev. crit.*, 1856, IX, p. 76 s. — C. d'Etat, 23 juill. 1897, S., 99. 3. 79, D., 99. 3. 19.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 359, n. 37 ; Beudant, I, n. 19 ; Despagnet, n. 124. — Civ. rej., 25 fév. 1890, S., 91. 1. 7, D., 90. 1. 322. — Civ. rej., 22 avril 1890, S., 91. 1. 229, D., 92. 1. 56. — Req. rej., 20 mai 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 162. — Alger, 14 nov. 1899, D., 1901. 2. 39. — Req. rej., 9 déc. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 856. — Cf. lettre minist. du 17 nov. 1876, *J. Clunet*, 1877, p. 101. — Cpr. cep. Aix, 2 déc. 1898, *J. Clunet*, 1900, p. 801. — Trib. Nice, 7 avril 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 790.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 358 et 359, n. 36 ; Cogordan, p. 77 ; Campistron, n. 27 ; Rouard de Card, p. 63 s. ; Despagnet, n. 124 ; Weiss, I, p. 203. — Cf. Roche, *J. Clunet*, 1887, p. 303 s.

[4] Despagnet, *loc. cit.*, et *Essai sur les protectorats*, 1896, p. 315. — Cf. cep. décret du 29 juill. 1887.

[5] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 357, n. 32 ; Huc, I, n. 229 ; Despagnet, n. 124 ;

349. 2° Il importe peu que l'auteur étranger ait toujours eu cette qualité d'étranger, ou qu'il ait eu, avant la conception de l'enfant, la qualité de Français. Dans ce dernier cas, les motifs de l'art. 8-3° ont une force toute particulière, l'attachement pour la France qu'on suppose à l'enfant devant être d'autant plus grand que son auteur lui-même a été Français. On ne saurait, d'autre part, objecter contre cette solution la disposition de l'art. 10, qui facilite l'obtention de la nationalité française aux enfants de ci-devant Français, puisqu'ils trouvent alors dans l'art. 8-3° un moyen encore plus facile d'y accéder (1).

350. La règle de l'art. 8-3° ne comporterait tout au plus qu'une exception : encore est-elle très contestable. Répondant, au nom de la commission sénatoriale, à un vœu exprimé par le garde des sceaux, le rapporteur de la loi, M. Delsol, déclara formellement qu'elle était inapplicable aux enfants nés en France d'agents diplomatiques accrédités dans notre pays par un gouvernement étranger et qui eux-mêmes y seraient nés (2). Leur séjour en France, observait M. Delsol, n'est pas spontané : nécessité par l'exercice de leurs fonctions, il n'implique donc pas l'intention de se fixer dans notre pays. Mais on peut répondre, pour repousser cette exception, que la règle de l'art. 8-3° ne suppose nullement pour son application une intention semblable, et que la déclaration du rapporteur doit d'autant moins suffire à faire la loi qu'elle repose sur une idée exagérée des effets de l'exterritorialité : imaginée pour assurer l'absolue liberté d'action des représentants des Etats, cette exterritorialité ne saurait avoir aucune influence sur la réalité d'un fait entièrement étranger à leur mission (3).

Weiss, I, p. 200; Campistron, n. 26 et 33; Rouard de Card, p. 66. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 39-I.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 356 et 357, n. 31; Weiss, I, p. 202; Campistron, n. 28; Rouard de Card, p. 65. — Paris, 2 juin 1891, sous Cass., 7 déc. 1891, précité. — *Contra :* Vincent, n. 25.

(2) *Rapp., J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1889, p. 233.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 357, n. 34; Despagnet, n. 124; Surville et Arthuys, n. 39-I; Rouard de Card, p. 66 s.; Le Sueur et Dreyfus, p. 23 s.; Vincent, n. 29. — *Contra :* Huc, I, n. 230; Weiss, I, p. 164, note 4, et p. 200; Cogordan, p. 110.

351. Dans le cas prévu par l'art. 8-3°, tantôt la nationalité française est irrévocablement imposée à l'individu, tantôt au contraire elle peut être déclinée par lui.

Elle lui est irrévocablement imposée lorsque, enfant légitime, il est issu d'un père qui est né en France, ou lorsque, étant enfant naturel, l'auteur dont il doit suivre la nationalité y est pareillement né.

Il peut la décliner lorsque, étant enfant légitime, c'est sa mère seule qui est née en France, ou lorsque, étant enfant naturel, c'est l'auteur dont il ne doit pas suivre la nationalité, d'après les règles de l'art. 8-1°, qui est seul né sur le territoire français. Il lui est alors permis, par cette répudiation de la nationalité française, de se rattacher à la nationalité de l'auteur qui, *jure sanguinis,* aurait dû lui communiquer la sienne [1].

352. Lorsqu'elle appartient à l'enfant, cette faculté de répudiation doit être exercée dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par notre loi, puisqu'il a déjà la qualité de Français qu'il répudie [2], et conformément aux dispositions de l'art. 8-4°. L'expiration de cette année consolide donc définitivement sur sa tête la qualité de Français, comme aussi la répudiation qu'il fait de cette qualité la lui fait perdre rétroactivement [3].

352 *bis*. Mais pourrait-elle être consolidée, durant la minorité même de l'enfant, au moyen d'une renonciation anticipée, faite par ses représentants, à la faculté de décliner la nationalité française ?

Cette question dépendait naguère encore de celle de savoir si l'art. 11 du décret du 13 août 1889, qui admettait la possibilité de cette renonciation dans les cas des art. 8-4°, 12 et 18 C. civ. et en vue d'une situation absolument analogue à celle-ci, était ou non illégal ou inconstitutionnel; car, par identité de motifs, il devait être appliqué à cette dernière,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 359 et 360, n. 38 *bis* à 41, et § 70, p. 361, n. 1-8; Colmet de Santerre, I, n. 21 *bis*-IV; Campistron, n. 30 et 32; Rouard de Card, p. 73 et 74.

(2) Despagnet, n. 127.

(3) Despagnet, n. 127. — Cf. *infra*, n. 412.

celle de l'art. 8-3°, qu'il n'avait pas pu prévoir, puisqu'elle résulte d'une loi postérieure, la loi de 1893 (1). Et elle dépendra, pour l'avenir, de l'interprétation qu'il faudra donner à la disposition nouvelle de l'art. 11 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée, qui semble bien se référer à celle du décret et modifier complètement les conditions dans lesquelles la difficulté se pose désormais. Mais celle-ci sera examinée, dans son ensemble, à l'occasion de l'explication de l'art. 8-4°, la situation qu'il régit étant la première de celles qui avaient été visées par l'art. 11 du décret (2).

352 *ter*. D'autre part la qualité de Français resterait-elle définitivement acquise à l'enfant, s'il avait répondu sans protestation à l'appel sous les drapeaux, de telle sorte que le délai qui lui est accordé pour la répudier serait abrégé d'autant ? Il faut distinguer, suivant qu'il l'a fait étant majeur ou mineur.

Majeur, il semble certain, par argument d'analogie ou plutôt *a fortiori* tiré de l'art. 9, qu'il acquiert irrévocablement la qualité de Français : comment en serait-il autrement de lui, qui est déjà Français sous condition résolutoire, qu'il n'en est de l'individu qui ne peut devenir Français que par une manifestation de volonté (3) ?

Mineur, il semblait bien déjà, au contraire, sous l'empire de la loi militaire de 1889, du moins s'il ne devait être porté que sur le tableau de recensement de la classe dont la formation suivait l'époque de sa majorité, conformément à l'art. 11, qu'il devait conserver la faculté de décliner la nationalité française. D'une part, en effet, l'erreur commise pour sa convocation, faite en violation de la loi, ne devait pas préjudicier à ses droits, et d'autre part cette solution était seule conforme au principe, auquel on doit se tenir tant que la loi n'y

(1) Pour l'affirmative : Circ. 28 août 1893, contenant le modèle de la déclaration n° 7; Campistron, n. 31. — Pour la négative : Gruffy, *De l'unité de nat. dans la famille*, p. 119 et 136, et *J. Clunet*, 1894, p. 475; Rabany, *Le recrutement de l'armée*, 1906, p. 197; Audinet, *Note*, S., 1906. 1, p. 114. — Trib. Constantine, 1er déc. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 929. — Alger, 27 avril 1904, *ibid.* — Req. rej., 26 juil. 1905, S., 1906. 1. 113.

(2) Cf. *infra*, n. 404 *bis*.

(3) Cf. *infra*, n. 391.

déroge pas, que le mineur ne peut pas disposer de sa nationalité [1].

Mais cette solution paraît s'imposer encore plus sous l'empire de la nouvelle loi de 1905 sur le recrutement, qui, en prescrivant que les jeunes gens, Français sous la condition résolutoire de leur option pour une nationalité étrangère, soient portés seulement — sauf en un cas unique — sur les tableaux de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, paraît bien ne pas vouloir admettre qu'ils puissent personnellement compromettre leur droit d'option avant cette époque et souffrir par conséquent d'une inscription anticipée, faite en violation de cette prescription [2].

353. La loi du 22 juillet 1893 contient dans son art. 2, une disposition transitoire ainsi conçue : « *Les individus auxquels l'art. 8, § 3, modifié, réserve la faculté de réclamer la qualité d'étrangers et qui auront atteint leur majorité à l'époque de la promulgation de la présente loi, pourront réclamer cette qualité en remplissant les conditions prescrites dans le délai d'un an à partir de cette promulgation* » [3]. La faculté de répudiation consacrée par la loi nouvelle a donc été reconnue à des individus qui ne la possédaient pas au moment où ils sont devenus majeurs [4].

354. Une autre question transitoire, non résolue celle-là par le législateur, a été également soulevée par la mise en vigueur de la loi de 1889 : quelle a été la situation des individus qui se trouvaient dans les conditions de l'art. 8-3° avant que cette loi ne fût devenue obligatoire?

Il est certain que ceux qui, déjà à cette époque, avaient excipé de leur extranéité, conformément à l'ancienne législation, ne sont nullement régis par la loi nouvelle : il y a là une situation acquise que celle-ci doit respecter [5].

(1) Audinet, note précitée, p. 116. — Trib. Constantine, 1er déc. 1903, et Trib. Avesnes, 31 déc. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 929. — Req. rej., 26 juil. 1905, précité. — *Contra :* Despagnet, n. 127, p. 255.

(2) Audinet, *loc. cit.*

(3) Circ. du 28 août 1893, modèle n° 5 *bis*.

(4) Aubry et Rau, I, § 70, p. 374, n. 40.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 360, n. 42; Huc, I, n. 228; Weiss, I, p. 209; Rouard de Card, p, 75; Campistron, n. 230. — Trib. Lille, 5 déc. 1889, *J. Clunet*,

Mais ceux qui, à la même époque, se trouvaient dans leur vingt-deuxième année, ont-ils pu exercer durant celle-ci le droit d'option qui leur était antérieurement reconnu? Nous ne le pensons pas. Ce droit ne leur avait pas été acquis, quoi qu'on en ait dit, par leur arrivée à la majorité : il n'y avait là pour eux qu'une simple aptitude, qui, tant qu'elle n'avait pas été exercée, pouvait leur être retirée par la loi sans rétroactivité (1).

A plus forte raison la loi a-t-elle atteint ceux qui étaient encore mineurs lorsqu'elle est entrée en vigueur, puisqu'il n'existait à leur profit qu'une simple expectative (2).

355. L'individu qui est Français de plein droit, aux termes de l'art. 8-3°, jouit de toutes les facultés attachées à cette qualité et est soumis à toutes les charges qu'elle entraîne.

Notamment, sous le rapport du service militaire, est-il irrévocablement Français, il doit être appelé avec la classe à laquelle il appartient par son âge. C'est à tort, de l'aveu de tout le monde, que l'art. 11 de la loi sur le recrutement du 15 juillet 1889, visant la loi du 16 décembre 1874, déjà abrogée par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, semblait prescrire ainsi qu'il fût porté sur les tableaux de la classe dont la formation suivait l'époque de sa majorité (3).

Cette disposition erronée s'expliquait, de l'aveu général, par

1890, p. 114. — Lyon, 2 avril 1890, S., 91. 2. 173, D., 90. 2. 262. — Amiens, 4 déc. 1891, *J. Clunet*, 1892, p. 460.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Rouard de Card, p. 76 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 40; Despagnet, *Le Droit*, 19 oct. 1889; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 392; Chausse, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 387, et 1891, XX, p. 209. — *Contra :* Huc, Weiss, *loc. cit.;* Campistron, n. 230; Vincent, n. 33. — Trib. Lille, 1er mai 1890, sous Douai, 9 juill. 1890, S., 92. 2. 271, D., 91. 2. 173. — Cpr. les arrêts cités à la note suivante.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, et § 70, p. 374, n. 39 ; Huc, Weiss, *loc. cit.;* Despagnet, n. 127; Rouard de Card, p. 76; Campistron, n. 230; *J. Clunet*, 1890, p. 105 s. — Pau, 22 juin 1892, S., 93. 2. 121 et note, D., 94. 2. 179. — Bordeaux, 21 déc. 1892, *J. Clunet*, 1893, p. 565. — Civ. rej., 5 juin 1893, S., 93. 1. 289 et note D., 93. 1. 377. — Douai, 7 août 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 748.

(3) Weiss, I, p. 207, et *J. Clunet*, 1890, p. 16; Despagnet, n. 127; Cogordan, p. 94, note 1; Rabany, *La loi sur la nat. et la loi sur le recrutement, Rev. générale d'administration*, 1890, I, p. 136; Déjean, *eod. loc.*, 1895, II, p. 417. — C. d'Etat, 31 mai 1895, S., 97. 3. 102, D., 96. 3. 46. — Cf. Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 242, n. 22; Demolombe, I, n. 165 *ter;* de Folleville, n. 179; Fuzier-Herman, art. 9, n. 26 s.

cette circonstance que la loi sur le recrutement fut discutée par le Parlement en même temps que la loi sur la nationalité, et qu'on prit alors pour bases de celle-là les anciennes dispositions relatives à celle-ci, en se réservant de la modifier, le cas échéant, après que cette dernière serait faite. Seulement ces modifications n'y furent pas apportées, peut-être moins par oubli que pour ne pas remettre ses prescriptions en discussion devant les Chambres, en sorte que c'est la loi antérieure du 26 juin 1889 qui doit, par la plus bizarre des anomalies, influer sur celle du 15 juillet suivant, conformément à l'intention certaine des auteurs de celle-ci.

Mais la nouvelle loi militaire de 1905 a fait disparaître cette anomalie, en ne reproduisant pas cette disposition, et en faisant rentrer ce cas parmi les cas d'application de l'art. 10, qui est général, et qui prescrit de porter, chaque année, sur les tableaux de recensement, pour la formation de la classe, les jeunes gens qui ont atteint l'âge de vingt ans révolus dans l'année précédente et « qui sont Français en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité ».

355 *bis*. Au contraire, si le jeune homme n'est que Français sous condition résolutoire, en vertu de la loi de 1893, on pouvait croire déjà, sous l'empire de l'ancienne loi militaire de 1889, que son article 11 s'appliquait à sa situation, puisqu'elle était tout à fait analogue à celle des individus déclarés Français en vertu de l'art. 1er de la loi du 16 décembre 1874, à laquelle cet article 11 se référait, et qu'ainsi il ne devait être inscrit que sur le tableau de recensement formé après sa majorité [1].

Et c'est en tout cas cette solution qui a été consacrée par la disposition générale de la nouvelle loi sur le recrutement de 1905, dont l'art. 11 est ainsi conçu : « sont portés sur les tableaux de recensement dont la formation suit l'époque de leur majorité, les jeunes gens qui, en vertu du Code civil et des lois sur la nationalité, sont Français, sauf faculté de répudier la nationalité française au cours de leur vingt-deuxième année, lorsqu'il n'aura pas été renoncé en leur

[1] Audinet, *Note*, S., 1906, 1, p. 116.

nom et pendant leur minorité à l'exercice de cette faculté. » Cette disposition indique elle-même, du reste, qu'il en serait autrement au cas où cette renonciation serait intervenue.

355 *ter*. Enfin, si l'individu dont la situation est régie par l'art. 8-3° était omis, il serait inscrit sur les tableaux de recensement de la classe qui est appelée après la découverte de l'omission, à moins qu'il n'eût quarante-neuf ans révolus lors de la clôture des tableaux, et assujetti à toutes les obligations auxquelles il aurait été soumis s'il avait été inscrit en temps utile (Art. 15 de la loi du 21 mars 1905) [1].

II. *De l'acquisition de la qualité de Français postérieurement à la naissance.*

356. On peut acquérir la qualité de Français postérieurement à sa naissance par l'un des trois modes suivants : le bienfait de la loi, la naturalisation proprement dite, l'annexion.

Parfois ces trois modes sont confondus sous le nom large de naturalisation, parce qu'ils ont tous pour effet d'assimiler l'étranger aux naturels français. Mais cette confusion volontaire doit être évitée, à raison des erreurs auxquelles elle expose. Parfois aussi l'on oppose à la naturalisation proprement dite, qu'on qualifie alors d'ordinaire, la *naturalisation de faveur,* qui est le bienfait de la loi [2]. Cette terminologie s'autorise de l'art. 5 de la loi de 1889 et de l'art. 5 du décret du 13 août de la même année. Mais il paraît préférable d'écarter un rapprochement susceptible de conduire, ainsi qu'on le verra, à des conséquences erronées, d'autant que les dispositions précitées ne rappellent plus qu'un système qui a été finalement repoussé, et dans lequel l'acquisition de la nationalité restait toujours subordonnée à l'agrément du gouvernement. Enfin, avec plus de raison, on a distingué dans le bienfait de la loi, dont le nom a été jugé équivoque,

[1] Cf. Rabany, *Le recrut. de l'armée*, 1906, p. 263 s. — C. d'Etat, 23 juill. 1897, S., 99. 3. 79, D., 99. 3. 19.

[2] Aubry et Rau, § 72, p. 388, n. 2; Beudant, I, n. 25.

deux modes d'acquisition de la nationalité française, soit *par le seul effet de la loi*, « quand la loi l'impose dans une situation prévue », soit *par l'effet de la loi sur la demande*, « quand la loi la confère sur la réunion de certaines conditions déterminées, après une demande formelle ou implicite » [1]. A cette terminologie exacte, mais nouvelle, nous préférons l'expression ancienne de bienfait de la loi, qui marque bien, au surplus, la situation de faveur faite à celui qui peut s'en prévaloir.

1. *Du bienfait de la loi.*

357. On appelle bienfait de la loi un mode particulier d'accession à la nationalité française, qui a pour caractéristique de permettre à des individus, étrangers de naissance, de devenir Français de plein droit, par cela seul qu'ils remplissent les conditions légales. C'est par là que ce mode diffère de la naturalisation proprement dite, dont le gouvernement peut arbitrairement refuser le bénéfice à qui la sollicite. Il ne lui est permis, au contraire, de s'opposer à la nationalisation par le bienfait de la loi que dans des circonstances légalement déterminées, et encore cette faculté, dont l'exercice a été entouré de certaines garanties en faveur des intéressés, ne lui appartient-elle que depuis la loi de 1893. D'autre part, tandis que la naturalisation suppose un acte exprès du Chef de l'Etat qui la confère, le bienfait de la loi n'exige rien de semblable et opère par le seul effet des dispositions légales et de l'accomplissement des conditions requises [2].

358. Le bienfait de la loi a été établi en faveur de plusieurs catégories d'étrangers, qui, pour des motifs divers, et soit à raison du lieu de leur naissance, soit à raison de leurs liens de famille, peuvent être présumés avoir pour notre pays un certain attachement, dont ils doivent fournir la confirmation par l'accomplissement des différentes conditions qui leur sont imposées.

On devient Français par le bienfait de la loi dans cinq cas.

(1) Campistron, n. 39.
(2) Cpr. Despagnet, n. 130 et 135-II; Beudant, I, n. 26 et 32.

PREMIER CAS. — *Enfants nés en France de parents étrangers qui eux-mêmes n'y sont pas nés* (art. 8-4° et 9).

359. Il convient tout d'abord, avant d'entrer dans les explications détaillées que le sujet comporte, de marquer d'un trait précis les modifications qu'a fait subir la loi de 1889 à la législation antérieure.

Par une transaction ménagée entre les défenseurs du *jus soli* et les partisans du *jus sanguinis,* le code civil avait facilité, à raison de leur naissance en France, l'obtention de la qualité de Français aux enfants nés dans notre pays d'étrangers, sans distinguer suivant que leurs auteurs y étaient ou non nés eux-mêmes : étrangers par le sang qui coulait dans leurs veines, il leur était loisible de réclamer dans l'année de leur majorité la nationalité française (art. 9).

La loi du 7 février 1851 et celle de 1889, à sa suite, ont séparé le cas, déjà connu, où l'auteur de l'enfant est né lui-même en France, de celui où il n'y est pas né et qui doit seul nous occuper. Le législateur de 1889, d'autre part, a fait une situation différente à l'individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né, suivant que cet individu est ou non domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité. Le premier devient Français de plein droit, sauf à décliner cette nationalité dans l'année de sa majorité (N. art. 8 4°) ; le second reste étranger, sauf à réclamer dans un certain délai, qui ne va jamais au delà de sa vingt-troisième année, la qualité de Français (N. art. 9).

360. Les personnes dont la situation fait l'objet des dispositions de l'ancien et du N. art. 9 et de l'art. 8-4° sont les mêmes : nous déterminerons donc d'abord, dans une partie commune à ces deux articles, quelles elles sont. Puis nous rechercherons séparément la condition de chacune des deux catégories distinguées par la loi nouvelle et confondues par le code civil, dont il conviendra d'étudier parallèlement les dispositions, qui avaient été modifiées elles-mêmes en certains points par des lois postérieures.

361. DES PERSONNES AUXQUELLES S'APPLIQUENT LES NOUVEAUX ART. 8-4° ET 9. — Ces personnes sont celles qui réunissent les

deux conditions suivantes : 1° être nées en France; 2° être issues d'un auteur étranger qui n'y est pas né lui-même.

362. *Première condition.* Elles doivent être nées en France. Il ne suffirait donc pas qu'elles y eussent été conçues : le terme même de « né », pris ici par la loi dans son vrai sens et non comme synonyme d' « issu », exclut l'application de la maxime *infans conceptus* (1).

Doivent être considérées comme nées en France :

1° Les personnes qui sont nées sur le territoire d'une colonie française, aussi bien que celles qui sont nées dans la métropole (2);

2° Celles qui sont nées dans l'hôtel d'une ambassade ou d'une légation étrangère en France, mais non pas celles qui naissent dans l'hôtel d'un agent diplomatique français à l'étranger : la fiction de l'exterritorialité, dont l'objet est uniquement d'assurer l'indépendance des représentants d'une nation, est ici dépourvue de tout effet (3);

3° Celles qui naissent sur un navire portant pavillon français, lorsqu'il se trouve dans nos eaux territoriales ou en pleine mer, et même, s'il s'agit d'un navire de guerre ou d'un bâtiment chargé du service postal, lequel participe aux immunités des vaisseaux de guerre, lorsqu'il se trouve dans les eaux territoriales étrangères. Sous ces diverses conditions, ces navires sont en effet réputés constituer des portions détachées de notre territoire (4);

4° Celles qui sont nées sur un territoire, français lors de leur naissance, mais démembré depuis de la France. Il en est différemment des personnes qui sont nées sur un territoire étranger, mais annexé à la France depuis qu'elles ont vu le jour : le contraire n'a pu être décidé que par application du

(1) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 235, n. 2; Demolombe, I, n. 164; Duranton, I, n. 130; Laurent, I, n. 333; Despagnet, n. 174; Weiss, I, p. 82; Cogordan, p. 77; de Folleville, n. 136 et 137; Fuzier-Herman, art. 9, n. 5. — Cf. Req. rej., 15 juill. 1840, S., 40. 1. 900, D., 40. 1. 283. — *Contra :* Richelot, I, n. 69, note 21.

(2) Siméon, *Rapp. au trib.;* Locré, *Lég.*, II, p. 249; Weiss, I, p. 83. — Cpr. Paris, 18 mars 1868, S., 69. 2. 178, D., 69. 2. 56.

(3) Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 85; Cogordan, *loc. cit.*

(4) Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 83; Cogordan, *loc. cit.* — Cf. *supra,* p. 424, note 3.

principe imaginaire d'après lequel l'annexion devrait faire considérer un territoire comme ayant toujours appartenu à la nation qui l'a annexé en dernier lieu [1].

363. *Deuxième condition.* Quelle que soit la nature de leur filiation, légitime ou naturelle [2], ces personnes doivent être issues d'un auteur étranger, né à l'étranger, car, s'il était né en France, c'est l'art. 8-3° qui serait appliqué. Mais nos dispositions resteraient encore applicables si cet auteur était lui-même un ancien Français, sauf aux personnes qui en seraient nées à pouvoir invoquer par surcroît le bénéfice de l'art. 10. Cette circonstance, loin de contrarier leur application, ne ferait en effet que la rendre plus favorable [3].

364. Il importe peu au reste que cet auteur réside ou non en France, y soit ou non domicilié, même avec autorisation du gouvernement, depuis plus ou moins longtemps. Il est également indifférent qu'il exerce dans notre pays, pour le compte d'un Etat étranger, des fonctions reconnues par le gouvernement français, car la nationalité française est, par une mesure de faveur, offerte et non pas imposée à ses enfants [4]. C'est une question toutefois, on le verra, que celle de savoir si la règle de l'art. 8-4° est applicable à ces derniers.

365. Le sort des personnes qui réunissent nos deux conditions variant, depuis la loi de 1889, suivant qu'elles sont ou non domiciliées en France lors de leur majorité, il y a lieu maintenant d'envisager séparément chaque hypothèse.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Enfants non domiciliés en France lors de leur majorité* (art. 9).

366. On prend de suite une idée des différences qui séparent la législation du Code civil de celle de 1889, à la simple lecture des textes de l'ancien art. 9 et du nouveau, qu'il est utile de reproduire ici tous deux, pour les rapprocher l'un

(1) Despagnet, Cogordan, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 85. — Civ. rej., 17 fév. 1903, D., 1903. 1. 241, *J. Clunet,* 1904, p. 170. — *Contra :* Lettre du garde des sceaux au préfet de la Gironde, du 17 nov. 1876, *J. Clunet,* 1877, p. 101. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 59, note 3. — Cf. *supra,* p. 424, note 2.

(2) Aubry et Rau, I, § 70, p. 365, n. 13-18, et § 73, p. 414, n. 40-44.

(3) *Contra :* Weiss, I, p. 87.

(4) Weiss, *loc. cit.*

de l'autre. L'art. 9 C. civ. était ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger, pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en Erance son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission. » Voici maintenant en quels termes statue le nouvel art. 9 (al. 1, 10 et 11), modifié par la loi du 22 juillet 1893 : « *Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est point domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera, à peine de nullité* [1], *enregistrée au ministère de la Justice... — S'il est âgé de moins de 21 ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père ; en cas de décès, par sa mère ; en cas du décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille. — Il devient également Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité.* »

367. Des conditions spéciales auxquelles est subordonnée l'acquisition de qualité de français. — Il ressort de ces deux dispositions que les conditions spéciales auxquelles l'application en est subordonnée sont relatives, soit à la capacité de l'intéressé, soit au mode de manifestation de sa volonté.

368. De la capacité requise en la personne de l'intéressé. — A quel âge l'étranger est-il admis à se prévaloir de ces dispositions ? D'après l'ancien art. 9, il devait réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivait l'époque de sa majorité. De là une première difficulté : par quelle loi devait être déterminée l'époque de cette majorité, par la loi française ou par

[1] Ces mots ont été ajoutés par la loi de 1893 à l'art. 9, tel qu'il fut rédigé en 1889.

la loi étrangère ? Cette question avait une importance capitale, le délai étant fatal.

D'après les uns [1], il fallait uniquement consulter la loi française : l'acquisition de la qualité de Français opérant, d'après eux, dans le cas de l'art. 9 avec effet rétroactif, l'individu appelé à bénéficier de cette disposition était censé avoir toujours eu la qualité de Français. Ce système, admis par la jurisprudence [2], et qui faisait dépendre la solution de cette controverse de celle d'une autre question qui n'était pas moins discutée, avait le tort plus grave de faire produire au principe de la rétroactivité des effets qu'il ne comporte pas. Avant qu'une condition ne rétroagisse, encore faut-il qu'elle soit accomplie : or la difficulté était précisément de savoir si elle l'était valablement lorsque celui qui prétendait la remplir, capable d'après notre loi, était incapable d'après sa loi nationale.

On pensait donc, dans une seconde opinion [3], que la seule majorité à considérer était celle fixée par la loi personnelle de ce fils d'étranger, étranger lui-même avant d'avoir obéi aux prescriptions de l'art. 9. Cette décision nous paraissait commandée, et par les termes de la loi, « sa majorité », et plus encore par le principe qui régit le statut personnel. Sans doute cet individu, lorsqu'il était déclaré majeur avant 21 ans par sa loi nationale, se trouvait, après avoir réclamé la qualité de Français, redevenir mineur aux yeux de sa nouvelle loi. Mais cette bizarrerie, dont les changements de législation dans un même pays peuvent offrir d'ailleurs des exemples, n'autorisait pas à exiger, comme le proposaient certains auteurs [4], qu'il réunît les deux majorités, l'une pour abdi-

[1] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 237, n. 5; Duranton, I, n. 129 ; Taulier, *Droit civil,* I, p. 103; Coin-Delisle, *Rev. crit.,* 1864, XXV, p. 13.

[2] Civ. cass., 20 juin 1888, S., 88. 1. 300, D., 89. 1. 281, et note.

[3] Proudhon et Valette, I, p. 180, note *a;* Valette, *Cours,* I, p. 48 ; Demolombe, I, n. 165; Demante, 2e éd., I, n. 19 *bis,* II; Laurent, I, n. 336, et *Dr. civ. intern.* III, n. 110; Despagnet, n. 131; Surville et Arthuys, n. 39-IV; Rouard de Card, p. 135, note 2 ; de Folleville, n. 154 s.; Fœlix, *Rev. de dr. fr. et étr.,* 1845, II, p. 339, note 2 ; Fuzier-Herman, art. 9, n. 8. — Trib. Seine, 1er déc. 1883, *J. Clunet,* 1884, p. 395. — Paris, 1er déc. 1885, *eod. loc.,* 1886, p. 96. — Alger, 26 oct. 1899, S., 1903. 2. 11, D., 1901. 2. 348, *J. Clunet,* 1900, p. 793.

[4] Cogordan, p. 78; Weiss, I, p. 94.

quer la nationalité étrangère, l'autre pour acquérir la qualité de Français : sans quoi, disaient-ils, « en devenant Français, il serait redevenu mineur, c'est-à-dire rétroactivement incapable, au regard de la loi française, de changer de nationalité ». D'en changer dans l'avenir, oui, mais non pas dans le passé, puisque ce changement s'était opéré en état de capacité : comment la rétroactivité aurait-elle pu avoir cet étrange effet de détruire justement ce qui lui avait donné naissance, la dénationalisation?

369. Au surplus cette controverse ne présente plus qu'un intérêt rétrospectif. Le nouvel art. 9, sacrifiant les principes au désir de fixer un délai invariable, quelle que soit la nationalité de l'étranger qui se prévaut du bienfait de la loi, règle sa majorité d'après la loi française : ce n'est en effet que jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis que cet étranger peut lui-même faire la soumission dont nous aurons à parler, et que jusqu'à 21 que ses représentants peuvent agir en son nom (1).

370. De l'esprit de la loi et des principes généraux sur la capacité de la femme mariée, il résulte que, quoique majeure, elle ne peut être admise, tant qu'elle n'est pas séparée de corps, à faire la déclaration de l'art. 9 sans l'autorisation de son mari (2).

371. L'ancien art. 9 n'admettait que les majeurs à se prévaloir du bienfait de la loi (3). Le changement de nationalité avait paru, à raison de sa gravité, ne pouvoir être que l'œuvre de la volonté personnelle de l'intéressé, maître de ses droits. Les fils d'étrangers appelés plus tard à être nos nationaux se trouvaient ainsi frustrés des différents avantages (entrée dans les écoles du gouvernement, engagements dans l'armée) offerts aux Français avant qu'ils n'aient dépassé une certaine limite d'âge, lorsqu'elle n'excédait pas 21 ans.

Des lois postérieures étaient venues atténuer, mais non effacer, cette inégalité entre les Français d'origine et ceux qui étaient admis à devenir Français par le bienfait de la loi. La

(1) Cf. Huc, I, n. 259; Weiss, I, p. 95; Surville et Arthuys, n. 39-IV; Rouard de Card, p. 147.

(2) Campistron, n. 93.

(3) Req. rej., 31 déc. 1860, S., 61. 1. 227, D., 61. 1. 209.

loi du 16 décembre 1874 (art. 2) autorisa le mineur né en France d'un étranger qui lui-même y était né à s'engager dans les armées de terre ou de mer, à contracter l'engagement conditionnel et à entrer dans les écoles du gouvernement, à la condition de déclarer, avec le consentement de ses représentants légaux, qu'il renonçait à exciper ultérieurement de son extranéité. Le bénéfice de cette disposition fut étendu par la loi du 14 février 1882 aux enfants de l'étranger naturalisé, mineurs lors de sa naturalisation, et aux enfants mineurs de l'ancien Français qui se faisait réintégrer dans sa qualité en vertu de l'art. 18. Il le fut encore par la loi du 28 juin 1883 à l'enfant mineur né en France d'une étrangère qui recouvrait, en vertu de l'art. 19, la nationalité française qu'elle avait perdue par le fait de son mariage, et enfin à ce même mineur, lorsqu'il était devenu orphelin de père et de mère, avant que cette dernière n'eût été réintégrée dans la qualité de Française. Malgré toutes ces atténuations, le principe de l'ancien art. 9 subsistait : l'étranger mineur n'était admis à devenir Français que dans des cas exceptionnels et en vue de la satisfaction d'intérêts définis.

372. Le législateur de 1889 est allé plus loin dans cette voie. Jugeant qu'après tout l'enfant pourrait toujours, s'il le trouvait bon, revenir à sa patrie d'origine, il a permis à ses représentants légaux de faire en son nom les déclarations prescrites par l'art. 9, quel que fût l'âge du mineur, et quel que fût le motif de cette dénationalisation. Mais, contrairement aux principes qu'avaient respectés les lois de 1874, de 1882 et de 1883, il s'est contenté d'une manifestation de volonté émanée de ces représentants, alors qu'elle eût dû émaner de l'enfant lui-même, muni d'une autorisation semblable à celle dont il doit être pourvu pour tous les actes qui exigent, par nature, une manifestation de la volonté personnelle de l'intéressé [1]. Et, d'autre part, le législateur a apporté une injustifiable dérogation aux règles du statut personnel, en déterminant les représentants appelés à agir pour le compte du mineur, non d'après la loi étrangère, qui gouverne

[1] Despagnet, n. 131-2°; Campistron, n. 90 et 91; Rouard de Card, p. 177.

les rapports de famille de celui-ci, mais d'après la seule loi française, en sorte que le changement de nationalité pourra être comme non avenu au regard de la loi nationale de ce mineur, qui aura dès lors deux nationalités [1].

373. Quoi qu'il en soit, la déclaration prévue par l'art. 9 doit être faite [2], au nom du mineur, par son père; en cas de décès de celui-ci par sa mère; et enfin par le tuteur, autorisé du conseil de famille, dans le cas où le mineur est enfant naturel, si du moins on admet que ses auteurs n'ont pas même sous ce rapport la plénitude de la puissance paternelle [3], dans le cas de décès des père et mère ou de leur exclusion ou destitution de la tutelle, et dans les cas prévus par les art. **141**, **142** et **143** du code civil [4].

Il nous paraît que le droit de faire cette déclaration devrait être aussi retiré aux père et mère déchus de la puissance paternelle par application des art. **334** et **335** du code pénal ou de la loi du **24** juillet **1889**, pour être attribué aux personnes que cette loi (art. **14**) appelle à exercer les droits des parents « quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation ». Comment admettre que, malgré leur indignité, ces parents fussent encore maîtres de disposer de la nationalité de leur enfant [5]?

374. Ces règles sont applicables au mineur émancipé lui-même, sauf, selon nous, en un point : à défaut de ses père et mère, la déclaration sera faite par lui-même, avec l'autorisation, semble-t-il, du conseil de famille [6].

375. De la manifestation de volonté de l'intéressé. — L'ac-

[1] Despagnet, *loc. cit.*; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Le Sueur et Dreyfus, p. 116; Vincent, n. 106; Audinet, *J. Clunet*, 1889, p. 205. — Cpr. cep. Campistron, n. 89.

[2] Cf. Circ. minist. du 28 août 1893, modèle n° 2.

[3] Lettre du garde des sceaux, 26 avril 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 217. — Cpr. Caen, 14 déc. 1896, S., 97. 2. 37, D., 98. 2. 355. — Req. rej., 16 nov. 1898, S., 99. 1. 24, D., 99. 1. 218.

[4] Huc, I, n. 260; Despagnet, n. 131-2°; Weiss, p. 89 s. et 123 s.; Cogordan, p. 99. — Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 415, n. 48-50; Rouard de Card, p. 176.

[5] Despagnet, *loc. cit.*; Weiss, I, p. 127; Campistron, n. 87.

[6] Despagnet, *loc. cit.*; Campistron, n. 93. — *Contra* : Rouard de Card, p. 177. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 39-IV.

quisition de la qualité de Français résulte, dans le cas qui nous occupe, d'une manifestation de volonté qui peut être, soit expresse, soit tacite.

376. 1° *Manifestation expresse de volonté.* — L'acquisition de la qualité de Français s'opère, d'après le N. art. 9, aux trois conditions suivantes : 1° une soumission par l'étranger de fixer son domicile en France; 2° l'établissement de ce domicile dans l'année de la soumission; 3° la déclaration de la volonté de devenir Français. De ces trois conditions, qui vont être reprises successivement, les deux premières étaient seules exigées par l'art. 9 du code civil.

377. *Première condition.* L'étranger doit prendre l'engagement explicite (1) de fixer son domicile en France.

Antérieurement à la loi de 1889, cet acte de soumission devait être reçu, d'après l'opinion générale (2), soit par nos agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, soit par les officiers municipaux de la localité où l'étranger se proposait de s'établir ou de celle où il était né. Or, reçu dans les mairies, l'acte était exposé à de trop nombreuses chances de perte; en outre, connu du seul intéressé, celui-ci pouvait à son gré, et suivant son intérêt, le produire ou le tenir caché. Aussi les circulaires ministérielles du 24 mars 1887 et du 20 octobre 1888 (3) avaient-elles prescrit déjà, l'une la tenue dans chaque mairie d'un registre destiné spécialement à recevoir les déclarations ayant pour objet de réclamer ou de décliner la nationalité française, et l'autre l'envoi de copies de ces déclarations à la chancellerie, où elles devaient être classées par ordre alphabétique.

378. La loi du 26 juin 1889 et le décret du 13 août suivant, rendu en exécution de la loi, ont enlevé toute compétence aux officiers municipaux. L'acte de soumission est désormais reçu exclusivement par nos agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, et dressé dans les formes prescrites par

(1) Weiss, I, p. 102, note 2; de Folleville, n. 1032. — Civ. rej., 8 juill. 1846, D., 46. 1. 263. — Douai, 17 janv. 1848, S., 48. 2. 433, D., 48. 2. 164.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 237, n. 6; Demolombe, I, n. 162; de Folleville, n. 131; Rouard de Card, p. 136; Fuzier-Herman, art. 9, n. 10 et 11.

(3) *Rev. gén. d'administ.*, 1888, III, p. 380.

la circulaire ministérielle du 1er mars 1890 (1), en double exemplaire, dont l'un est remis à l'intéressé et l'autre transmis au ministre de la justice (art. 9 du décret).

Ces agents sont encore seuls compétents, selon nous (2), à l'exclusion du juge de paix, qui ne peut recevoir que la déclaration de changement de nationalité, même dans le cas où le réclamant, non domicilié en France lors de sa majorité, serait venu s'y établir, depuis qu'il est majeur, sans avoir fait sa soumission à l'étranger. Il devrait alors la faire effectuer devant ces agents par un fondé de procuration spéciale et authentique, ainsi que la circulaire ministérielle précitée lui en donne le droit.

379. Cette soumission, l'étranger majeur doit la faire avant l'expiration de sa vingt-deuxième année.

Mais est-elle pareillement exigée des représentants du mineur qui exercent par anticipation son droit d'option? On peut très bien en douter, car le texte n'impose rien de semblable. En faveur de l'affirmative, on observe que, dans le système de la loi, la soumission préalable au transfert du domicile constitue une première manifestation de la volonté de l'étranger de rompre avec sa patrie d'origine. Il est vrai que le mineur n'a pas de domicile propre et qu'il est de droit, du moins d'après la loi française, domicilié chez son représentant légal. Mais cela n'est exact, d'abord, que du mineur non émancipé, et ensuite, même pour celui-ci, ne prouve qu'une chose : c'est que son domicile ne sera transféré dans notre pays que tout autant que celui de son représentant le sera lui-même. Le mineur trouvera ainsi dans ces exigences une garantie de plus contre une dénationalisation inconsidérée (3).

Mais, en faveur de la négative, on fait valoir qu'il y a d'autant moins lieu d'ajouter ici aux prescriptions formelles de la

(1) Cf. le modèle de l'acte de soumission joint à la circulaire (*Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-1891, 3, p. 6).

(2) Crim. cass., 22 juill. 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 1020. — *Contra* : Weiss, I, p. 102, note 1 ; Despagnet, n. 131-1°; Surville et Arthuys, p. 64, note 1. — Cpr. Montpellier, 11 janv. 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 796.

(3) Weiss, I, p. 129; Campistron, n. 88; Rouard de Card, p. 177 et 178.

loi que, on va le voir, cette exigence est, même pour les majeurs, très peu justifiée, puisqu'elle est dépourvue de sanction, et que, si elle a pour résultat de prolonger le délai de l'option, cet avantage est nul ici, puisque précisément il est désirable d'assurer de suite au mineur la nationalité française (1).

380. En aucun cas, en effet, d'après l'opinion générale, le défaut d'acte de soumission ne rendrait la demande de l'étranger non recevable, s'il avait effectivement établi son domicile en France dans le délai légal (2).

381. *Deuxième condition.* L'étranger doit établir son domicile en France dans l'année qui suit l'acte de soumission.

Si donc on suppose qu'il n'ait fait celle-ci qu'à la fin de sa vingt-deuxième année, il aura jusqu'à la fin de la vingt-troisième pour opérer le transfert de son domicile et faire sa déclaration. La nouvelle rédaction de l'art. 9 a ainsi rendu possible la prolongation d'un délai qui, d'après l'ancienne, n'était jamais que d'un an, puisque la réclamation de la qualité de Français, qui précédait alors le transfert du domicile, devait être faite dans l'année de la majorité. La dénationalisation peut donc aujourd'hui survenir plus tard qu'autrefois (3).

382. *Troisième condition.* Lorsque les deux premières conditions sont remplies, l'étranger doit réclamer la qualité de Français par une déclaration distincte de l'acte de soumission, et que n'exigeait pas comme telle l'art. 9 du code civil. La réclamation résultait alors implicitement de la soumission, suivie du transfert du domicile (4), tandis qu'elle

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 415, n. 46; Despagnet, n. 131; Vincent, n. 107; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 41.

(2) Aubry et Rau, I, § 73, p. 410, n. 26; Campistron, n. 82. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 64, note 2 *in fine*. — Aussi ne voit-on pas bien pourquoi cet acte a été exigé : Rouard de Card, p. 150.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 411, n. 27; Despagnet, n. 131-1°; Weiss, I, p. 103; Cogordan, p. 82; Campistron, n. 80; Rouard de Card, p. 149 et 150. — *Contra :* Vincent, n. 100. — Cf. Huc, I, n. 259. — Trib. Lille, 11 juill. 1890, *Rev. prat. de Dr. intern. privé*, 1890-1891. 1. 37.

(4) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 237 et 238. — Mais il fallait une soumission formelle, qui ne pouvait être suppléée par un acte équivalent, tel que l'inscription sur la liste électorale ou la participation effective aux opérations électorales. Cpr. civ. rej., 14 juin 1900, S., 1904. 1. 94, D., 1901. 1. 387, *J. Clunet*, 1902, p. 122.

constitue aujourd'hui le dernier acte et le principal de la dénationalisation.

383. Cette déclaration, dont les formes ont été déterminées par le décret du 13 août 1889 (art. 6, 8e al.) (1), doit évidemment, malgré le silence de la loi, être effectuée dans le même délai que le transfert de domicile (2).

Elle peut émaner, soit de l'étranger lui-même, assisté de deux témoins qui certifient son identité, soit de son fondé de procuration spéciale et authentique.

Elle est reçue, aux termes du même décret, par le juge de paix de la résidence ou bien plutôt du domicile de l'étranger, et dressée en double exemplaire, dont l'un est déposé aux archives du ministère de la justice, où la déclaration est enregistrée, et l'autre renvoyé à l'intéressé avec mention de l'enregistrement, pour lui tenir lieu de preuve de sa dénationalisation (3).

Antérieurement au décret, c'est-à-dire dans l'intervalle du 26 juin 1889, date de la loi, qui était restée muette à cet égard, au 13 août de la même année, elle a pu être reçue par les officiers municipaux, jusqu'alors compétents pour recevoir l'acte de soumission (4).

384. L'enregistrement avait été prescrit par la loi de 1889 pour centraliser les déclarations à la chancellerie et en assurer la preuve. Mais il ne l'avait pas été expressément à peine de nullité, et les tribunaux ne crurent pas pouvoir ajouter cette sanction aux prescriptions légales (5). On se demanda, d'autre part, s'il dépendait du gouvernement de refuser l'enregistrement de la déclaration, soit à raison de son irrégularité, soit à raison de l'indignité de son auteur. Mais, quelque désir qu'elle éprouvât de repousser une déclaration qui n'était pas conforme à la loi ou qui émanait d'un individu

(1) Circ. min. du 28 août 1893, modèle n° 1.

(2) Despagnet, n. 131-1°; Weiss, I, p. 112; Surville et Arthuys, n. 39-II; Campistron, n. 81. — Cpr. Beudant, I, n. 33.

(3) Huc, I, n. 261; Despagnet, *loc. cit.*; Cogordan, p. 82; Campistron, n. 83; Rouard de Card, p. 151 et 152.

(4) Cf. Douai, 3 juill. 1889, S., 90. 2. 229, D., 91. 2. 11.

(5) Rouard de Card, p. 153. — Trib. Lille, 3 avril 1890, *Rev. prat. dr. intern. pr.*, 1890-91. 1. 39. — *Contra :* Weiss, p. 112, note 2.

indigne, la jurisprudence ne se crut pas, et à juste titre, autorisée à reconnaître au gouvernement des pouvoirs qui ne lui avaient pas été formellement conférés. En exigeant que la déclaration fût enregistrée, l'art. 9 ne le faisait évidemment pas juge de sa validité. Encore moins lui accordait-il la faculté de priver du bienfait de la loi par un simple refus d'enregistrement, si motivé qu'il fût, celui qui s'en réclamait [1].

385. Si fondée que fût cette interprétation, elle laissait le gouvernement désarmé en face d'une déclaration irrégulière, et dont la valeur ne pouvait qu'être ultérieurement débattue devant les tribunaux, ou émanant d'un étranger qu'il y avait lieu, à raison de son immoralité, d'empêcher de se rattacher à la France. Ce sont ces lacunes qui ont été comblées par la loi du 22 juillet 1893. Elle a modifié d'abord l'art. 9, al. 1, en exigeant que la déclaration fût enregistrée à peine de nullité, et elle a ajouté ensuite à cette disposition les alinéas suivants : « *L'enregistrement sera refusé s'il résulte des pièces produites que le déclarant n'est pas dans les conditions requises par la loi, sauf à lui à se pourvoir devant les tribunaux civils, dans la forme prescrite par les art 855 et suivants du code de procédure civile. — La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois à partir de sa déclaration. — L'enregistrement pourra en outre être refusé, pour cause d'indignité, au déclarant qui réunirait toutes les conditions légales ; mais, dans ce cas, il devra être statué, le réclamant dûment avisé, par décret rendu sur l'avis conforme du conseil d'Etat, dans le délai de trois mois à partir de la déclaration, ou, s'il y a eu contestation, du jour où le jugement qui a admis la déclaration est devenu définitif. — Le déclarant aura la faculté de produire devant le conseil d'Etat des pièces et des mémoires. — A défaut des notifications ci-dessus visées dans les délais sus-indiqués, et à leur expiration, le ministre de la justice remettra au déclarant, sur sa demande, une copie de sa déclaration, revêtue de la mention de l'enregistrement. — La déclaration produira ses effets du jour*

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 412, n. 32 ; Rouard de Card, p. 153. — Civ. rej., 26 oct. 1891, S., 91. 1. 537 et note, D., 92. 1. 41 et note de M. de Boeck. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 39-III.

où elle aura été faite, sauf l'annulation qui pourra résulter du refus d'enregistrement. — Les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2 et 3 du présent article sont applicables aux déclarations faites en vue de décliner la nationalité française, conformément à l'art. 8, § 3 et 4, et aux articles 12 et 18. — Les déclarations faites, soit pour réclamer, soit pour décliner la qualité de Français, doivent, après enregistrement, être insérées au Bulletin des Lois. *Néanmoins l'omission de cette formalité ne pourra pas préjudicier aux droits des déclarants.* »

Ainsi le gouvernement est armé d'un droit de contrôle quant à la régularité de la déclaration, et d'un certain droit de véto quant à l'acquisition de la nationalité française ([1]).

386. L'enregistrement de la déclaration peut d'abord être refusé lorsque son auteur ne remplit pas les conditions légales, de fond ou de forme ([2]). En ce cas ce refus motivé doit être, dans les deux mois à partir de la déclaration, notifié au réclamant, qui peut se pourvoir devant les tribunaux civils ([3]), dans la forme prescrite par les art. 855 et s. du code de procédure civile, quelle que soit la condition, même de pure forme ([4]), dont l'absence a motivé le refus d'enregistrement, pour faire juger que sa déclaration est recevable. S'il ne se pourvoit pas ou s'il succombe, sa déclaration, qui avait provisoirement produit son effet, est rétroactivement non avenue ([5]). Elle doit être enregistrée, au contraire, s'il obtient gain de cause ou si le refus ne lui a pas été notifié dans les délais légaux.

387. L'enregistrement peut être refusé, en second lieu, lorsque l'auteur de la déclaration, quoique réunissant toutes

([1]) Cf. Hubert, *J. Clunet*, 1899, p. 75 s.

([2]) Ainsi jugé pour le cas où la déclaration aurait été faite sur papier libre, quand même le déclarant aurait obtenu l'assistance judiciaire, l'assistance judiciaire ne pouvant être accordée en pareille matière, même depuis la loi du 10 juil. 1901. Aix, 17 juillet 1902, S., 1904. 2. 212, D., 1903. 2. 503, *J. Clunet*, 1903, p. 174. — *Contra :* Naquet, S., 1904. 1. 513.

([3]) Civ. cass., 4 août 1903, S., 1904. 1. 513, note de M. Naquet, *J. Clunet*, 1904, p. 398.

([4]) Civ. cass., 4 août 1903, précité. — *Contra* : Aix, 17 juill. 1902, précité.

([5]) Aubry et Rau, I, § 70, p. 371, n. 33 et 34.

les conditions légales, est considéré comme indigne d'accéder à la nationalité française, à raison de son passé ou de ses intentions actuelles. Le refus, par une légitime exigence qui prévient toute décision arbitraire, doit être en ce cas prononcé par un décret rendu sur l'avis conforme du conseil d'Etat, auquel le réclamant, dûment avisé, peut présenter, quoique la matière ne soit pas contentieuse, des pièces et mémoires justificatifs (1). Mais tout recours lui est fermé contre cette décision, qui doit intervenir dans les trois mois à compter du jour de la déclaration, ou, si la régularité en a été contestée, du jour où celle-ci a été reconnue par un jugement absolument définitif. La déclaration devrait, au contraire, être nécessairement enregistrée si la décision n'avait pas été prise dans le délai légal, comme aussi, semble-t-il, si le réclamant n'avait pas été mis en mesure de se justifier devant le conseil d'Etat (2).

Mais nous ne pensons pas qu'elle dût l'être également dans le cas où le décret emportant refus d'enregistrement n'aurait pas été notifié dans le délai légal au réclamant (3). Cette notification n'est pas en effet exigée par le texte de la loi, et on comprend, du reste, qu'elle ne l'ait pas été à peine de nullité de la décision, puisque, d'une part, l'intéressé a été prévenu de la menace dirigée contre lui, et que, d'autre part, lorsqu'elle s'est réalisée, il n'est plus en son moyen d'en éviter les effets, tandis qu'il lui est loisible de contester devant les juges l'irrégularité prétendue de sa déclaration.

388. Si le gouvernement est admis à s'opposer, dans les conditions qui viennent d'être spécifiées, à l'acquisition de la nationalité française, ce n'est pourtant pas de sa volonté que cette acquisition dérive : elle continue à s'opérer en vertu du bienfait de la loi (4). La force de celui-ci est, sans doute, moins grande qu'elle ne l'était autrefois, puisqu'elle peut être paralysée dans une certaine mesure ; mais d'abord le gouvernement ne peut y faire obstacle que dans des cas après tout excep-

(1) Cf. sur cette intervention du Conseil d'Etat, Despagnet, n. 135-II.
(2) Campistron, n. 84.
(3) *Contra :* Rouard de Card, p. 157.
(4) *Contra :* Despagnet, n. 130 et 135-II.

tionnels, c'est-à-dire à raison de l'indignité du réclamant, et ensuite c'est encore elle qui s'exerce lorsque rien de plus ne la limite. Dans notre hypothèse, l'accession à la nationalité française n'est plus nécessaire comme jadis ; mais elle continue à se produire en vertu de la loi, et non de la volonté du gouvernement, à la différence de la naturalisation, lorsqu'elle se réalise. De ce caractère le législateur a déduit lui-même une conséquence, en décidant que la nationalité est acquise, lorsqu'elle l'est définitivement, du jour même de la déclaration, et non point seulement du jour de son enregistrement ou moins encore du jour où le gouvernement ne peut plus en empêcher l'effet. A défaut de la copie qui doit revenir au réclamant de la chancellerie, avec mention de l'enregistrement, le récépissé que lui délivre le juge de paix, lorsqu'il reçoit la déclaration, établira la date à laquelle elle a été faite.

389. La loi veut enfin, pour assurer la publicité de la déclaration et de la nationalisation qui la suit, qu'elle soit insérée, après son enregistrement, au *Bulletin des lois*, sans cependant que cette insertion, qui doit être faite par le gouvernement, soit prescrite à peine de nullité et que l'omission de cette formalité puisse préjudicier à l'intéressé qui n'en peut mais.

390. Au surplus on doit observer qu'ici, comme dans tous les autres cas de bienfait de la loi, l'acquisition de la nationalité peut être contestée par les tiers devant les juges compétents, lors même que l'enregistrement aurait été accordé sans difficulté par le gouvernement, ou qu'il aurait été, sur le refus de celui-ci, ordonné par la justice [1].

391. 2° *Manifestation tacite de volonté.* — Sous l'empire de la législation du code civil, une manifestation tacite de volonté, de quelque acte qu'on pût l'induire, restait absolument inopérante. En dehors de la soumission formelle exigée par l'art. 9, aucun fait ne pouvait conférer la nationalité française à l'individu qui se trouvait dans les conditions qu'il prévoyait [2], pas même celui d'avoir servi dans l'armée ou

[1] Campistron, n. 86.

[2] Cpr. *supra*, p. 443, note 4.

d'avoir, étant porté sur les tableaux du recensement, participé aux opérations du recrutement sans exciper de son extranéité [1].

Prenant en considération des marques aussi puissantes d'attachement données à la France, la loi des 22-25 mars 1849 [2] vint permettre à l'étranger qui aurait laissé passer le délai de l'art. 9, sans se conformer à ses prescriptions, de le faire à tout âge, s'il remplissait l'une de ces deux conditions : 1° servir ou avoir servi dans l'armée de terre ou de mer; 2° avoir satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité [3]. L'administration essaya même de profiter des dispositions de la loi nouvelle pour donner aux intéressés qui n'en remplissaient pas véritablement les conditions, le moyen de réparer les conséquences de leur négligence ou de leur erreur, en les autorisant à se faire porter comme omis sur les listes du contingent, ce qui leur était possible jusqu'à l'âge de trente ans. Mais la cour de cassation coupa court à ces abus, en se fondant, avec juste raison, sur ce qu'on ne pouvait considérer réellement comme omis des étrangers qui devaient échapper, comme tels, au service militaire [4].

392. Le législateur de 1889 a jugé la loi de 1849 insuffisante et en a remplacé les dispositions par le dernier alinéa de l'art. 9, d'après lequel le seul fait d'avoir pris part aux opérations de recrutement, sans opposer son extranéité, confère de plein droit à l'étranger la nationalité française : celui-ci est présumé avoir ainsi manifesté tacitement sa volonté de devenir Français [5].

Mais à quel moment précis le devient-il ? Au moment où il a tiré au sort, ainsi qu'il résultait de l'art. 11, al. 2, de la loi

(1) Laurent, I, n. 337; Fuzier-Herman, art. 9, n. 13 s. — Civ. rej., 8 juill. 1846, D., 46. 1. 263. — Lyon, 20 mars 1877, S., 79. 2. 7. — Trib. Seine, 9 fév. 1888, *J. Clunet*, 1888, p. 813.

(2) Cf. Massénat-Déroche, *La loi du 22 mars 1849, Rev. prat.*, 1870, XXIX, p. 19.

(3) Civ. rej., 22 avril 1896, S., 98. 1. 143.

(4) Cogordan, p. 96; Weiss, I, p. 115; Despagnet, 2e éd., n. 179. — Req. rej., 27 janv. 1869, S., 69. 1. 129 et note, D., 72. 1. 55.

(5) Surville et Arthuys, n. 41; R. Hubert, *De la participation aux opérations du recrutement et de la nationalité, J. Clunet*, 1902, p. 24.

sur le recrutement du 15 juillet 1889, lequel est ainsi conçu : « Les individus nés en France d'étrangers et résidant en France sont également portés, dans les communes où ils sont domiciliés, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. Ils peuvent réclamer contre leur inscription lors de l'examen du tableau de recensement et lors de leur convocation au conseil de révision, conformément à l'art. 16. S'ils ne réclament pas, le tirage au sort équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9 C. civ. S'ils se font rayer, ils seront immédiatement déchus du bénéfice dudit article. » — On pourrait objecter, il est vrai, que cette disposition suppose, par ses termes ambigus, l'étranger domicilié en France lors de la formation de la classe qui suit l'époque de sa majorité, et que dès lors il est inapplicable à notre hypothèse. Mais cette objection s'évanouirait devant cette double constatation : d'une part, dans le membre de phrase qui doit déterminer sa portée, l'art. 11 ne vise que les étrangers résidant en France, et il ne parle de domicile que plus loin, à propos d'un point accessoire; d'autre part, il se réfère lui-même à l'art. 9, puisqu'il déclare qu'à l'option expresse réglementée par celui-ci équivaudra l'option tacite qu'il prévoit lui-même [1].

393. Pour que l'étranger acquière de la sorte la qualité de Français, il faut donc :

1° Qu'il prenne part au tirage au sort [2], et cela personnellement; sinon le fondement de la présomption légale qui voit dans ce fait une manifestation tacite de l'intention de devenir Français, disparaît [3].

2° Qu'il ne se réclame pas de sa qualité d'étranger avant le tirage, soit lors de l'examen du tableau du recensement, soit

[1] Cf. Despagnet, n. 131-3°; Weiss, I, p. 117; Rouard de Card, p. 195.

[2] Cf. cep. sur une application particulière, Montpellier, 11 janv. 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 796.

[3] Weiss, I, p. 119; Despagnet, n. 131-3°, p. 270. — Sur cette première condition, cpr. Crim. cass., 22 juill. 1899, S., 1901. 1. 427, D., 1903. 1. 28. — Le fait de solliciter et d'obtenir l'inscription maritime doit être assimilé à la participation aux opérations du recrutement. Aix, 18 nov. 1898, S., 1901. 2. 133.

lors de sa convocation devant le conseil de révision [1] (arg. loi du 15 juillet 1889, art. 16 et 18). Que s'il s'en réclamait, étant majeur, il ne lui serait plus possible, fût-il encore dans les délais, de se prévaloir de l'art. 9 pour revenir sur sa première détermination : ainsi le décidait expressément l'art. 11 *in fine*, précité. Mineur, au contraire, à supposer que l'art. 9, dernier al., lui soit applicable, son droit n'en serait en rien compromis (arg. art. 10 C. civ., *in fine*, et arg. *a contrario* de l'art. 11, al. 2, de la loi du 15 juillet 1889) : les déchéances en effet sont de droit étroit, et celle-ci ne saurait être étendue à un mineur qui aurait été appelé sous les drapeaux irrégulièrement et contrairement à la loi du recrutement [2].

394. Telle est l'option tacite organisée par l'art. 9, dernier alinéa.

Sous l'empire de la loi militaire de 1889, elle pouvait se réaliser lorsque l'étranger, ayant fixé son domicile en France seulement après sa majorité, mais avant la confection du tableau de recensement, était porté normalement sur ce tableau, en conformité de l'art. 11 de cette loi [3], ou même lorsqu'il y était porté par erreur, contrairement à sa prescription [4]. Mais, depuis la loi sur le recrutement de 1905, l'application de cette partie de l'art. 9 ne pourra être qu'anormale et se produire en cas d'erreur, puisque, aux termes de l'art. 12 de cette loi, tout différent de l'art. 11 de la précédente, les individus qui ne deviennent Français qu'en vertu d'une déclaration, ne devront être portés que sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité.

[1] Pour le cas où le conseil de révision aurait sursis à statuer, cf. Civ. rej., 9 fév. 1904, S., 1905. 1. 393, note de M. Naquet, *J. Clunet,* 1905, p. 216.

[2] Campistron, n. 104 et 105 ; Rouard de Card, p. 199 ; Despagnet, n. 131-3°, p. 269. — Trib. Constantine, 1er déc. 1903, et Trib. Avesnes, 31 déc. 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 929.

[3] Weiss, I, p. 117 ; Audinet, *Note,* S., 1906. 1. p. 116 ; R. Hubert, *J. Clunet,* 1902, p. 24 s. — Montpellier, 11 janv. 1900, *J. Clunet,* 1900, p. 766 ; Aix, 3 juin 1901, *ibid.,* 1902, p. 827.

[4] Aubry et Rau, I, § 73, p. 416, n. 51 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 243 ; Audinet, *loc. cit.,* et *Pr. élém.,* 1re éd., n. 137. — Cpr. Cass., 9 fév. 1904, S., 1905, 1. 393, note de M. Naquet.

394 *bis*. Mais cette option tacite est-elle encore susceptible d'opérer lorsqu'il s'agit d'un mineur?

En d'autres termes le mineur compris, par erreur et contrairement à l'art. 11 ancien ou à l'art 12 nouveau, sur les listes du contingent, devient-il Français s'il tire au sort sans revendiquer la nationalité étrangère? Beaucoup d'auteurs ont répondu à la question par l'affirmative ([1]). Ils constatent bien eux-mêmes qu'il y a quelque chose d'anormal à permettre ainsi à ce mineur de disposer de sa nationalité sans l'assistance de ses représentants légaux. Mais le dernier alinéa du N. art. 9 leur paraît comprendre dans ses termes aussi bien le cas prévu par le premier alinéa (étranger majeur) que le cas prévu par l'avant-dernier (étranger mineur), et poser une règle identique pour l'un et pour l'autre.

Toutefois on a fait valoir contre cette opinion les plus graves considérations ([2]). Elle prête d'abord et surtout au législateur, comme on le reconnaît, une inconséquence choquante. Elle ne tient pas compte ensuite de la construction grammaticale de l'art. 9, où le mot « il », par lequel commence son dernier alinéa, semble bien devoir désigner la même personne dont il est question au premier, c'est-à-dire « l'individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité », donc un étranger qui n'est pas mineur. Enfin c'est bien en ce sens que la disposition paraît avoir été interprétée par le rapporteur au sénat, M. Delsol ([3]).

395. Des effets de l'acquisition de la qualité de français. — Avant que l'individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même ait manifesté expressément ou tacitement la volonté d'être Français, il reste étranger ([4]).

([1]) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 416, n. 53 ; Despagnet, n. 131-3°, p. 270 ; Cogordan, p. 97 ; Campistron, n. 103 ; Rouard de Card, p. 199 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 146 ; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, p. 41 ; *J. Clunet*, 1891, p. 54, et *Note*, S., 1906. 1, p. 116. — Cf. Huc, n. 261.

([2]) Weiss, I, p. 118 ; Geouffre de Lapradelle, p. 323 ; Glard, p. 246. — Cf. aussi Douai, 9 juil. 1890, S., 92. 2. 272, D., 91. 2. 184. — Req. rej., 26 juill. 1905, S., 1906. 1. 113.

([3]) *J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1889, p. 234.

([4]) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 238, n. 7, et p. 240, n. 11 ; 5e éd., I, § 73 *ter*,

396. Comme tel, il est absolument certain que, jusqu'à ce qu'il ait acquis la nationalité française, l'étranger peut être l'objet d'un arrêté d'expulsion pris en vertu de l'art. 7 de la loi du 3 décembre 1849 et sanctionné par les pénalités de l'art. 8 de la même loi [1]. Ces dispositions sont absolument générales, et les simples facilités offertes à l'étranger pour devenir Français par un acte de sa volonté ne sauraient priver le gouvernement du droit de lui interdire jusque-là le territoire de la République, si sa présence y est jugée dangereuse. On remarquera même que, de l'aveu de tous, et cet aveu est à retenir, l'individu expulsé ne serait pas admis à se fonder sur l'aptitude qu'il possède à se prévaloir d'un cas de bienfait de la loi, pour invoquer les garanties particulières qui ont été conférées par la loi même de 1849 à l'étranger admis à domicile.

Mais, et cette question dépasse les termes de l'art. 9 pour se poser de la même manière dans les cas des art. 8-4° et 10, l'arrêté d'expulsion pris contre l'étranger fait-il obstacle, tant qu'il n'a pas été rapporté, à ce qu'il remplisse les conditions dont dépend pour lui l'acquisition de la nationalité française, c'est-à-dire à ce que, après avoir fait sa soumission d'établir son domicile en France, il y rentre pour s'y établir et y faire sa déclaration (art. 9 et 10) ou devenir Français de plein droit (art. 8-4°)? Ou bien, au contraire, l'étranger a-t-il la faculté de contrevenir à cet arrêté pour mettre à profit sa vocation à la nationalité française, auquel cas il échappe évidemment alors aux peines attachées à cette contravention?

Cette question est encore très discutée en doctrine, et elle a mis en conflit la chambre civile et la chambre criminelle de la cour de cassation, celle-ci tenant pour la première solution, celle-là pour l'opinion la plus favorable à l'étranger, qui a été consacrée également par un arrêt des chambres réunies.

p. 430, n. 5; Demolombe, I, n. 165 *ter;* Despagnet, n. 176; Weiss, I, p. 133; Surville et Arthuys, n. 39 et 39-II; de Folleville, n. 151; Campistron, n. 75; Audinet, n. 121; Le Sueur et Dreyfus, p. 161; Vincent, n. 41; Geouffre de Lapradelle, p. 286; Glard, p. 91; Fuzier-Herman, art. 9, n. 20. — Req. rej., 31 déc. 1860, S., 61. 1. 227, D., 61. 1. 209. — Crim. rej., 19 déc. 1891, postcité. — Cass., 9 fév. 1904, S., 1905. 1. 395.

[1] Cf. les autorités citées à la note suivante.

Avec beaucoup d'auteurs, nous persistons à penser que l'arrêté d'expulsion paralyse le droit que peut tenir l'étranger de la loi de 1889 à se rattacher à la France en y établissant son domicile, et, s'il le faut, en faisant suivre cet établissement d'une manifestation de sa volonté [1].

A vrai dire, cette solution ne s'appuie guère que sur un unique argument, mais qui, à notre sens, quelque peine qu'on

[1] Despagnet, n. 37-1°, *b*, et n. 135-II; Surville et Arthuys, n. 39 et 39-II; Campistron, n. 75; Rouard de Card, p. 173 et 174; Audinet, *J. Clunet*, 1891, p. 43 s.; Accarias, *Rev. crit.*, 1896, XXV, p. 95 s.; Surville, *Rev. crit.*, 1897, XXVI, p. 200; Lainé, *J. Clunet*, 1897, p. 149 s., 701 s., 963 s.; et 1898, p. 57 s. et 675 s. — Trib. Lille, 7 août 1890, sous Cass., S., 91. 1. 539, D., 92. 1. 41 (cas de l'art. 10). — Trib. Bastia, 19 déc. 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 946 (cas de l'art. 10). — Crim. cass., 19 déc. 1891, S., 92. 1. 101, concl. de M. Ronjat et rapp. de M. Sallantin, D., 93. 1. 329, note de M. Dupuis (cas de l'art. 8-4°). — Crim. rej., 22 déc. 1894, S., 95. 1. 155, D., 95. 1. 136 et note (cas de l'art. 8-4°). — Crim. cass., 31 janv. 1896, S., 96. 1. 537, note de M. Villey, D., 96. 1. 337, note de M. Cabouat (cas de l'art. 10). — Paris, 29 juin 1893, S., 94. 2. 303, D., 94. 2. 361, note de M. Despagnet (cas de l'art. 8-4°). — Crim. rej., 21 janv. 1898, S., 98. 1. 255, D., 99. 1. 321, note de M. Dupuis (cas des art. 8-4° et 9). — Crim. rej., 30 mars 1898, S., 99. 1. 111, D., *loc. cit.* (cas de l'art. 8-4°). — Alger, 28 déc. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 152 (cas de l'art. 8-4°). — Trib. Marseille, 30 avril 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 986 (cas de l'art. 8-4°). — Aix, 3 juin 1901, S., 1903. 2. 167, *J. Clunet*, 1902, p. 827 (cas de l'art. 8-4°). — Crim. rej., 17 juillet 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 700 (cas de l'art. 8-4°). — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 70, p. 363, n. 11, et § 73, p. 413, n. 39; Weiss, I, p. 105; Glard, *op. cit.*, p. 237; Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 293 s.; de Warenghien, *Gaz. du Pal.*, 3 janv. 1896. — Lyon, 10 nov. 1890, S., 92. 2. 268, D., 91. 2. 169, note de M. Cohendy (cas de l'art. 10). — Douai, 6 déc. 1890, sous Cass., S., 91. 1. 539, D., 91. 2. 169, note de M. Cohendy (cas de l'art. 10). — Civ. rej., 27 oct. 1891, S., 91. 1. 539, D., 92. 1. 41, note de M. de Boeck (cas de l'art. 10). — Montpellier, 8 mai 1891, sous Cass., S., 92. 1. 107 (cas de l'art. 8-4°). — Aix, 25 avril 1895, S., 96. 2. 296, D., 96. 2. 335 (cas de l'art. 9). — Amiens, 19 mars 1896, S., 96. 2. 296, D., 96. 2. 336 (cas de l'art. 10). — Ch. réun. rej., 9 déc. 1896, S., 97. 1. 297, rapp. de M. Durand et note, D., 97. 1. 161, concl. de M. Manau (cas de l'art. 10). — Douai, 6 mars 1897, S., 97. 2. 199, D., 97. 2. 152 (cas de l'art. 10). — Aix, 18 nov. 1898, S., 1901. 2. 133, *J. Clunet*, 1898, p. 925 (cas de l'art. 8-4°). — Montpellier, 11 janv. 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 796 (cas de l'art. 9). — Aix, 1er juin 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 342 et 826 (cas de l'art. 8-4°). — Cpr. Lenoble, *La Loi*, 15-17 sept. 1895 et 9-10 fév. 1896; Hubert, *J. Clunet*, 1895, p. 525 et *Gaz. Trib.*, 1-3 oct. 1897. — Paris, 4 fév. 1898, sous Crim. rej., 30 mars 1898, précité. — Crim. cass., 22 juill. 1899, S., 1901. 1. 427, D., 1903. 1. 28, *J. Clunet*, 1899, p. 1020 (art. 8-4° et 9). — Crim. rej., 26 mai 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 796. — Trib. Marseille, 7 juin 1902 (2 jugements), *J. Clunet*, 1903, p. 862 (cas de l'art. 8-4°). — Crim. cass., 2 avril 1903, *J. Clunet*, 1903, p. 836 (cas de l'art. 8-4°). — Cpr. aussi Alger, 8 mai 1901, D., 1903. 2. 436. Cet arrêt permet à l'individu qui a été expulsé pendant sa minorité de devenir Français par la participation effective aux opérations du recrutement.

y ait prise, n'a pas encore été réfuté : c'est que l'arrêté met l'étranger légalement hors d'état d'avoir son domicile dans notre pays, et que, s'il l'y transporte au mépris de cette défense, il ne saurait faire produire en sa faveur aucune conséquence juridique, au regard de notre loi, à un fait qui est constitutif par lui-même d'un délit. Et ce n'est pas résoudre ainsi, comme on l'a dit, la question par la question, car la mesure prise valablement, on le reconnaît, contre l'étranger, a pour effet de lui interdire notre territoire, et c'est à ceux qui prétendent qu'il peut nonobstant y rentrer, à raison de la vocation spéciale dont il se prévaut, à prouver que son droit particulier l'emporte sur le droit du gouvernement. Or, comment cette preuve a-t-elle été faite?

On a dit d'abord, et c'est l'objection la plus directe qu'on ait opposée à notre argument, que, « investi par la loi du droit de devenir Français par un acte de sa volonté, le réclamant est légalement apte par cela même à accomplir les conditions auxquelles la réalisation de cette volonté est subordonnée ». Mais c'est dire très clairement que ce droit est un droit acquis, et c'est ce que nous n'hésitons pas à nier. Qu'il ne le soit pas réellement, c'est ce qui ressort de ce qu'une aptitude n'est vraiment pas constitutive d'un droit tant qu'elle n'a pas été utilisée, et que, comme telle, elle peut fort bien, ainsi qu'on l'a vu, être ravie par une loi nouvelle à son titulaire. Et, abstraction faite de ce caractère, est-il donc vrai qu'il faille conclure de ce que l'acquisition d'un droit dépend de l'accomplissement d'une condition, que la faculté d'accomplir cette condition doive nécessairement nous appartenir? Nullement : la loi ne nous garantit pas que nous puissions toujours mettre les facultés qu'elle nous reconnaît à profit, alors qu'elles dépendent justement de conditions de fait que les circonstances peuvent nous empêcher d'accomplir. Or ici, vraisemblablement d'ailleurs par sa faute, l'étranger s'est mis hors d'état de remplir la condition de domicile qui lui était imposée. Et quand la loi nous garantit-elle moins ces facultés que lorsqu'elles peuvent être paralysées par d'autres qu'elle confère à d'autres personnes, ou, comme c'est le cas ici, au gouvernement lui-même?

Il faudrait donc démontrer que le droit de l'étranger prime le droit du gouvernement. Mais ce ne sont pas les considérations rationnelles qui peuvent faciliter cette démonstration, car on comprendrait assez peu, selon nous, que la loi eût fait fléchir une prérogative gouvernementale, réputée dans nos mœurs tout à fait essentielle, devant la prétention d'individus réputés dangereux de devenir nos nationaux malgré nous, et nos traditions ne sont guère favorables à cette prépondérance des droits individuels sur ceux de l'Etat.

On soutient cependant que les textes et les travaux préparatoires des lois de 1889 et de 1893 lui sont, au contraire, tout à fait favorables. D'abord, dit-on, les art. 9 et 10 permettent à l'étranger, sous les conditions qu'ils spécifient, de « réclamer » la qualité de Français, et l'art. 8-4° la lui attribue même de plein droit : comment donc un acte gouvernemental serait-il assez fort pour faire échec à cette réclamation ou à cette attribution ? — Nous répliquerons que celles-ci sont subordonnées justement à certaines conditions dont l'une au moins ne peut pas être remplie par le réclamant, et que d'ailleurs l'acte gouvernemental qu'on affecte de taxer de mesure de police et de présenter comme un acte arbitraire, est pris, lui aussi, en vertu d'une loi, celle de 1849, et sous les garanties que sont souvent venues y ajouter les conventions internationales. Et ne sait-on pas, en outre, que, du moins dans le cas des art. 9 et 10 et depuis la loi de 1893, la réclamation de l'étranger n'est pas si péremptoire qu'elle soit toujours assurée d'un succès définitif ?

Précisément, reprend-on, c'est parce que cette loi a déterminé les limites de l'intervention gouvernementale dans certains seulement des cas d'acquisition de la nationalité française par le bienfait de la loi, qu'on ne saurait l'étendre au delà et lui laisser les moyens indirects et détournés de les dépasser. En effet, explique-t-on, déjà dans la discussion de la loi de 1889 on avait repoussé le système de la naturalisation de faveur, qu'on avait proposé de subtituer au bienfait de la loi, parce qu'il aurait toujours fait dépendre l'accession à la nationalité française de l'arbitraire non réglé du gouvernement. Plus tard, à la vérité, on sentit le besoin de lui

restituer un certain pouvoir de contrôle sur les nationalisations qui surviendraient dans plusieurs situations spécifiées, et même ce fut parce que, ainsi que l'avait constaté lui-même M. Batbie, le promoteur de la loi de 1889 [1], l'arrêté d'expulsion ne privait pas l'étranger du droit de former sa réclamation, et que, comme le disait à son tour l'exposé des motifs de la loi de 1893 [2], des individus de moralité douteuse souscrivaient des déclarations qui leur permettaient d'échapper aux rigueurs du gouvernement, que celui-ci fut armé du droit de repousser ces déclarations à raison de l'indignité de leurs auteurs. Mais, insiste-t-on, d'une part, la loi de 1893, « en donnant au gouvernement le pouvoir d'annuler après coup la déclaration par refus d'enregistrement, suppose nécessairement qu'il ne peut l'empêcher ». Et, d'autre part, ce refus même a été entouré de certaines garanties, dont la principale est l'intervention du conseil d'Etat. Comment donc serait-il permis d'enlever à l'étranger tous ces bénéfices, en lui signifiant purement et simplement d'avoir à sortir du territoire ?

Quelle qu'ait été l'opinion individuelle de ceux qui ont préparé les lois de 1889 et de 1893, et qui s'expliquait, du reste, très suffisamment pour celle-ci par la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour suprême, est-il donc vrai que cette dernière loi dénie absolument au gouvernement la faculté de faire échec au droit de l'étranger en prenant contre lui un arrêté d'expulsion ? Cette affirmation de la Cour a été reconnue téméraire même par des partisans de son système. Et, en effet, il est trop évident que le nombre des étrangers frappés d'expulsion est l'infime minorité, et que cette mesure n'atteint que les plus turbulents d'entre eux et ceux dont la présence en France ne peut vraiment plus être tolérée. Le gouvernement, surveillé qu'il est par l'opinion et par la presse, et soucieux de nos bonnes relations avec les pays étrangers qu'elle pourrait blesser, n'en use guère plus qu'à la dernière extrémité et à son corps défendant. On oublie de

[1] *J. off.*, Sénat, *doc. parl.*, 1886, p. 373.
[2] *J. off.*, Sénat, *doc. parl.*, 1892, p. 310.

plus que des traités internationaux nombreux limitent les cas dans lesquels il lui est permis d'y recourir. Le pouvoir de contrôle institué par la loi de 1893 conservait donc tout son intérêt en ce qui concerne la masse des candidats à la nationalité française. Mais comment induire raisonnablement de là qu'il annihilait du coup le pouvoir plus fort d'expulsion dont le gouvernement jouissait déjà vis-à-vis des étrangers les plus dangereux et qui, pour ceux-là, rendait l'autre inutile?

Enfin vainement a-t-on dit que, si la loi de 1849 a diminué les droits du gouvernement vis-à-vis des étrangers simplement admis à domicile, au point de faire tomber l'arrêté d'expulsion si l'autorisation n'est pas rapportée dans les deux mois qui le suivent, *a fortiori* la vocation à la nationalité française doit-elle paralyser ces mêmes droits, du moins en ce sens que l'étranger y puise le droit de faire sa déclaration malgré tout. Argument peu probant : car d'abord l'étranger admis à domicile ne bénéficie du régime de faveur qui lui est fait que parce qu'il a été l'objet d'une enquête préalable satisfaisante, tandis que le bienfait de la loi profite à des individus susceptibles d'en être tout à fait indignes. Puis ces derniers seraient, malgré le silence de la loi, encore mieux traités que l'étranger autorisé, puisque parfois il dépendrait d'eux, en faisant leur soumission, de rendre l'arrêté immédiatement caduc. Et enfin pourquoi ne se fonde-t-on pas aussi sur la loi de 1849 pour prétendre que dans tous les cas l'arrêté pris contre ces derniers ne doit pas produire ses effets au delà d'un délai maximum de deux mois, puisqu'on affirme que leur situation est encore plus favorable que celle de l'étranger autorisé?

Il convient d'ajouter, mais ces considérations d'ordre pratique sont surabondantes, que beaucoup des défenseurs de l'opinion que nous avons critiquée se sont inquiétés de ses conséquences. Ne fournit-elle pas à l'étranger le facile moyen d'annuler l'arrêté d'expulsion pris contre lui et de rentrer en France après avoir fait sa soumission, alors qu'il n'entend même pas sérieusement devenir Français? Et cette fraude n'est-elle pas particulièrement à redouter de la part des

enfants d'un ex-Français qui, pouvant former leur réclamation à tout âge, seraient tentés de renouveler ainsi leur soumission d'année en année, pour séjourner dans notre pays ? Certains ont bien dit que l'arrêté était suspendu par la soumission jusqu'à ce que les conditions légales eussent été accomplies ou défaillies, et d'autres que cette soumission constituait un sauf-conduit pour l'étranger [1]. Mais presque tous, et l'administration notamment, n'ont pu se résoudre à admettre qu'il fût loisible à l'étranger de demeurer, comme tel, peut-être un an sur notre territoire, ainsi que les art. 9 et 10 l'y autorisent. Aussi propose-t-on de confier au juge le soin délicat d'apprécier dans quelles conditions l'étranger opère sa rentrée en France et quelles sont ses véritables intentions, tandis que d'autres, plus sévères, exigent qu'il prenne parti immédiatement. Seulement il serait plus que difficile de justifier toutes ces atteintes à un droit qu'on est si soucieux de lui assurer dans son intégrité.

La vérité est pour nous que la loi, plus sage, a laissé au gouvernement des armes particulièrement efficaces contre certaines catégories d'étrangers, celles que lui donne la loi de 1849, et que contre tous les autres elle lui en a fourni d'une moindre portée, celles de la loi de 1893.

397. Comme étranger encore, sous l'empire de l'ancien art. 9, qui n'admettait pas d'option faite en temps de minorité, l'engagement volontaire dans l'armée et l'accès des écoles du gouvernement étaient interdits à l'individu dont la situation nous occupe : il ne pouvait servir que dans la légion étrangère [2].

398. Après qu'il a réclamé la qualité de Français, en conformité des prescriptions de l'art. 9, cet individu est Français.

Comme tel il jouit de tous les droits d'un Français d'origine, y compris l'éligibilité aux chambres législatives. Il ne nous paraît pas en effet que l'incapacité temporaire de l'art. 3 de la loi de 1889 doive lui être étendue, alors que par nature elle n'est pas susceptible de l'être, et que les termes du texte

[1] Cpr. Montpellier, 11 janv. 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 796.
[2] Cf. *supra*, p. 452, note 4.

qui l'établit ne visent expressément eux-mêmes que la naturalisation par décret. Ces deux considérations l'emportent tout à fait sur l'argument qu'on voudrait tirer de la qualification de naturalisation de faveur, d'ailleurs impropre, qu'on a donnée à ce cas de bienfait de la loi, puisque, à la supposer fondée, elle n'effacerait pas les autres différences fondamentales qui existent entre lui et la naturalisation véritable. Et on peut d'autant mieux comprendre que la loi ait pu traiter sous ce rapport comme les naturels français ceux qui se prévalaient du bienfait de la loi, qu'elle leur suppose précisément, par suite des circonstances dans lesquelles ils se trouvent, un certain attachement pour notre pays, sur la présomption duquel elle leur facilite l'accès de la nationalité française [1].

398 *bis*. Le nouveau Français est aussi assujetti aux mêmes obligations qu'un Français d'origine.

Sous le rapport du service militaire, la loi du 15 juillet 1889 (art. 11, al. 2) avait décidé, pour ne pas gêner sa faculté d'option, qu'il ne serait porté que sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suivrait l'époque de sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française. Et il n'était soumis, d'après l'art. 12 de la même loi, qu'aux obligations de service de la classe à laquelle il appartenait par son âge. Il en résultait un injuste privilège en faveur des jeunes gens d'origine étrangère, dont la durée de service pouvait se trouver ainsi considérablement réduite.

C'est pourquoi la loi sur le recrutement de 1905 a posé deux règles différentes et qui sont à la fois plus conformes à la logique de la situation et au principe de l'égalité. D'une part, aux termes de l'art. 12, 1er al., « les individus devenus Français par voie de naturalisation, réintégration ou déclaration faite conformément aux lois, sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité ». D'autre part, en vertu du

[1] Weiss, I, p. 136; Campistron, n. 144; Rouard de Card, p. 158; Chausse, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 385. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 73 *ter*, p. 430, n. 5; Beudant, I, n. 34; Le Sueur et Dreyfus, p. 94. — Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. de Boeck.

deuxième alinéa, « les individus inscrits sur les tableaux de recensement en vertu du présent article ou de l'article précédent sont incorporés en même temps que la classe avec laquelle ils ont pris part aux opérations du recrutement. Ils sont tenus d'accomplir le même temps de service actif, sans que toutefois cette obligation ait pour effet de les maintenir sous les drapeaux, en dehors des cas prévus par les art. 34 et 39, au delà de leur vingt-septième année révolue. Ils suivent ensuite le sort de la classe avec laquelle ils ont été incorporés. Toutefois, ils sont libérés à titre définitif à l'âge de cinquante ans au plus tard... » (1).

Antérieurement à la loi de 1889, on avait fini par admettre l'étranger devenu Français à concourir pour les écoles Polytechnique et de Saint-Cyr, à la condition d'avoir servi deux ans dans l'armée et d'être âgé de moins de vingt-cinq ans au 1er juillet de l'année du concours auquel il voulait participer (2). Mais cette faveur est devenue sans objet dans la législation nouvelle, qui lui permet d'acquérir la qualité de Français par une option anticipée, faite alors qu'il est encore mineur (3).

399. Telle est la situation de l'étranger devenu Français pour l'avenir. Mais quel est l'effet de son option dans le passé? Doit-il être considéré comme ayant toujours été Français depuis sa naissance, ou comme ne l'étant devenu que depuis qu'il en a réclamé la qualité? En d'autres termes, la dénationalisation s'opère-t-elle avec effet rétroactif? Cette question divisait les interprètes avant la loi nouvelle, qui l'a expressément résolue.

Pour les uns, la déclaration avait un effet rétroactif (4). A

(1) Cf. Rabany, *Le recrutement de l'armée*, 1906, p. 247 s.; Trigant-Geneste, *Rev. de dr. intern. privé*, 1905, p. 98 s.

(2) Instruction ministérielle, *J. off.*, 5 avril 1877, § 3.

(3) Despagnet, 2e éd., n. 176; Cogordan, p. 98; Weiss, I, p. 137; Rabany, *Rev. gén. d'admin.*, 1890, p. 140 s.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 1, et v° *Légitimité*, sect. IV, § 3, n. 3; Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 238, n. 10; Toullier, I, n. 261; Valette, *Explic. somm.*, p. 10 s.; Despagnet, 2e éd., n. 176; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1864, XXV, p. 3; Chausse, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 673; Rouard de Card, *Condition de l'individu né en France de parents étrangers*, p. 11; Fuzier-Herman, art. 9, n. 18. — Civ. cass., 19 juill. 1848, S., 48. 1. 529, concl. de M. Nicias-Gaillard, et note de

l'ancien principe du *jus soli*, qui conférait la nationalité française à tout individu né sur notre sol, les rédacteurs du code civil ont, disaient-ils, substitué un système qui laisse en suspens la nationalité de cet individu jusqu'au jour où il aura accompli certaines conditions. Mais ces conditions, une fois réalisées, doivent opérer avec effet rétroactif (art. 1179). *Pendente conditione* cet individu reste bien nécessairement étranger, mais après l'événement de la condition il doit être réputé avoir toujours été Français. Et c'est parce que cette qualité, ajoutaient-ils, lui appartient pour ainsi dire à l'état latent, que l'art. 9 lui permet de la « réclamer », et non de l'acquérir. Comment d'ailleurs expliquer, dans la théorie opposée, que l'art. 20, d'après lequel le nouveau Français, dans les cas prévus par les art. 10, 18 et 19, ne pouvait se prévaloir de sa qualité que pour l'avenir, laissât précisément l'art. 9 en dehors de son énumération? N'était-ce pas la preuve qu'il en était différemment dans le cas prévu par cet article [1]?

Ces arguments étaient-ils aussi décisifs qu'ils le parurent à la cour de cassation? Il est permis d'en douter. Faut-il d'abord insister sur le rôle qu'on faisait jouer dans cette discussion au mot « réclamer »? Il est évident qu'il pouvait fort bien s'entendre d'une demande que le gouvernement n'était pas libre d'écarter. En somme, de l'aveu de tous, l'intéressé restait étranger jusqu'au jour où il s'était conformé à l'art. 9 : pourquoi donc serait-il devenu Français avec effet rétroactif? Est-ce parce qu'il avait rempli les conditions qui lui étaient imposées, et que toute condition rétroagit? Mais n'abusait-on pas ici de ce terme de condition? Etait-ce bien, en effet, d'une véritable condition qu'il s'agissait, ou n'était-ce pas plutôt d'un ensemble de formalités à l'accomplissement desquelles était subordonné un état nouveau, la dénationalisation? Or, pourquoi celle-ci, qui respecte d'ordinaire le passé, même dans des cas plus favorables que le nôtre, par exemple lorsqu'il s'agit de l'enfant d'un ex-Français qui « recouvre » l'ancienne nationalité de son auteur, aurait-elle eu dans notre

M. Devilleneuve, D., 48. 1. 129, et note. — Req. rej., 29 déc. 1885, S., 86. 1. 105, D., 86. 1. 369, et note.

[1] Cf. Locré, *Lég. civ.*, II, p. 284-286, 299, 300, et 339, n. 4.

cas des effets rétroactifs ? C'est ce qu'on n'a pas encore expliqué rationnellement. On comprenait fort bien, au contraire, que l'art. 20 eût statué précisément sur les seules hypothèses (art. 10, 18 et 19) où le doute était permis. Et peut-être, plus simplement, les rédacteurs du code civil avaient-ils omis de retoucher l'art. 20, voté avant l'abandon du principe du *jus soli* et la rédaction de l'art. 9 qui en fut la suite [1].

400. C'est, en tout cas, dans le sens de la non-rétroactivité que s'est prononcé formellement le législateur de 1889 : la dénationalisation lui a paru, à juste titre, devoir rester sans influence sur le sort des actes accomplis antérieurement. Aux termes, en effet, du N. art. 20, qui vise expressément l'art. 9, le nouveau Français ne peut se prévaloir de cette qualité que pour les droits ouverts à son profit depuis qu'il l'a acquise, c'est-à-dire depuis le jour où sa déclaration a été reçue par le juge de paix (art. 8 du décret du 13 août 1889) ou depuis le jour où il a tiré au sort [2].

401. En repoussant sur ce point le système de la jurisprudence, la loi nouvelle a fait naître une très grave difficulté : l'acquisition de la qualité de Français en vertu de l'art. 9 a-t-elle des effets individuels ou des effets collectifs ? Quelle situation fait-elle à la femme du nouveau Français et à ceux de ses enfants qui sont nés avant qu'elle ne survienne ? Dans la théorie qui lui reconnaissait des effets rétroactifs, la femme et les enfants de ce Français, considéré comme Français de naissance, étaient naturellement Français eux-mêmes, par application de l'art. 12 et de l'art. 10 C. civ. Il n'en saurait être plus obligatoirement de même aujourd'hui que la qualité de Français n'est acquise que pour l'avenir, et la question se pose dans des termes tout différents : la femme et les enfants participent-ils au bienfait de la loi comme le chef de la famille ?

[1] Duranton, I, n. 199; Marcadé, I, art. 9-II, n. 115 *ter*, Demante, I, n. 19 *bis*, III; Laurent, I, n. 339, et *Dr. civ. intern.*, III, n. 113; Huc, I, n. 294 ; Cogordan, p. 80 ; de Folleville, n. 159 s. — Alger, 2 déc. 1886, S., 87. 2. 50. — Cpr. Demolombe, I, n. 163; Weiss, I, p. 138 s.

[2] Surville et Arthuys, n. 41.

Théoriquement, le changement de nationalité survenu dans sa personne doit rester sans influence sur la nationalité de sa femme et de ses enfants, car la dénationalisation implique le consentement personnel de l'intéressé, de quelque manière qu'il se manifeste. Mais la loi peut déroger parfois à ce principe, en vue d'assurer l'unité de nationalité au sein de la famille et de prévenir les graves conflits qui naissent lorsque ses membres relèvent de divers Etats. Et c'est au surplus ce qu'elle a fait en matière de naturalisation. D'après le N. art. 12, al. 2 et 3, elle confère de plein droit la qualité de Français aux enfants mineurs du naturalisé, sauf à eux à la répudier dans l'année de leur majorité ; et, quant à sa femme et à ses enfants majeurs, ils peuvent l'acquérir, soit en demandant à être compris dans le décret de naturalisation, soit en faisant une déclaration dans les termes de l'art. 9. Notre question se ramène donc à celle-ci : l'art. 12 vise-t-il, en même temps que la naturalisation proprement dite, l'acquisition de la qualité de Français par le bienfait de la loi ?

L'affirmative a été admise par le décret du 13 août 1889 (art. 5 et 6) et par la circulaire du garde des sceaux du 23 du même mois, qui prescrivent [1] de joindre à la déclaration du chef de famille la demande de sa femme et de ses enfants majeurs, l'acte de mariage du déclarant et les actes de naissance de ses enfants mineurs. Aux yeux des rédacteurs du décret et de la circulaire, le bienfait de la loi n'est qu'une naturalisation de faveur, rentrant comme telle dans les termes larges de l'art. 12.

Nous nous prononçons, quant à nous, pour la négative. La disposition précitée, dérogeant au droit commun, ne saurait être étendue, quelle que soit la légitimité de cette dérogation, à des hypothèses qu'elle ne prévoit pas explicitement. Or

[1] Cette prescription ne se retrouve pas, au contraire, dans la nouvelle circulaire du 28 août 1893, qui n'impose pas non plus au chef de famille qui fait sa déclaration l'obligation, qu'elle lui impose dans le cas de l'art. 10, de renoncer au nom de ses enfants mineurs au droit que leur conférerait l'art. 12, al. 3, s'ils devenaient Français, de décliner cette qualité dans l'année de leur majorité. Où M. Campistron ne voit qu'un oubli n. 149 et 153, il n'y a, selon nous, qu'une saine interprétation des règles légales. Mais il est vrai que celle-ci est alors en contradiction avec celle qu'adopte sur l'art. 10 l'auteur de la circulaire.

elle ne prévoit pas celle qui nous occupe. Sans doute on a souvent donné au bienfait de la loi le nom de naturalisation de faveur. Mais nous avons déjà signalé les dangers de cette qualification, d'ailleurs des plus défectueuses, et la jurisprudence a maintes fois décidé, notamment à propos de l'ancien art. 17-1°, que le terme « naturalisation » ne comprenait pas le bienfait de la loi [1]. Sans doute aussi on trouve ces expressions équivoques dans l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889, et appliquées au cas prévu par notre art. 9. Mais elles eussent dû n'y pas rester, car elles ne rappellent plus là que le système, définitivement repoussé après avoir été d'abord soutenu au Conseil d'Etat et au Sénat, qui proposait de conférer à l'étranger né en France la simple faculté d'obtenir la qualité de Français par une véritable naturalisation de faveur, dispensée de toutes les conditions de la naturalisation ordinaire, sauf de l'agrément du gouvernement. A part ce souvenir, qu'on n'a pas su effacer, on a constamment distingué dans la discussion de la loi, comme on l'a fait expressément dans l'art. 17-1°, le naturalisé proprement dit de celui qui acquiert une nationalité par l'effet ou le bienfait de la loi.

Au surplus l'art. 12 suffirait à lui seul à prouver que notre hypothèse est restée en dehors de ses prévisions. D'une part, en effet, celui qui se prévaut de l'art. 9 ne saurait avoir d'enfants majeurs ; et, d'autre part, la femme ne saurait bénéficier ici de cette disposition, en se faisant comprendre dans un « décret » que le bienfait de la loi ne comporte pas. Objecterat-on que, d'après l'art. 12 lui-même, la femme et les enfants majeurs de l'étranger peuvent « obtenir la qualité de Français.... soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père, soit comme conséquence de la déclaration qu'ILS feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9 » ? Mais le pronom « ils », qui grammaticalement pourrait s'entendre du mari ou du père, se rapporte évidemment à la

[1] Civ. cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200, D., 71. 1 243. — Civ. cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 52, D., 75. 1. 151. — Douai, 14 déc. 1881, S., 84. 2. 1. — Cf. cep. Paris, 21 fév. 1889, sous Cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 449, concl. de M. Desjardins et note de M. Meynial, D., 89. 2. 273 note de M. Cohendy; Renault, *Rev. crit.*, 1882, XI, p. 716 s.; Herbaux, *Rev. prat.*, 1882, LI, p. 159, note; Esmein, S., 84. 2. 1.

femme et aux enfants, ainsi que l'a longuement expliqué, au reste, M. A. Dubost, dans son rapport à la chambre des députés. C'est, en d'autres termes, de la déclaration que peuvent faire les membres de la famille du naturalisé, s'ils se trouvent encore dans les délais de l'art. 9, et non d'une déclaration émanée du chef de famille, que veut parler l'art. 12. On peut comprendre enfin qu'on n'ait pas entendu faire produire d'effets collectifs à des modes d'acquisition de la nationalité qui opéraient de plein droit, et dans des circonstances de faveur que ne pouvait invoquer comme son chef la famille de celui qui s'en prévalait.

Nous conclurons donc en disant que cette disposition est entièrement inapplicable à notre hypothèse, quoi qu'en ait dit la circulaire ministérielle et malgré les art. 5 et 6 du décret, et que celui-ci est dépourvu en ce point de toute valeur légale, comme ayant dépassé les limites du pouvoir réglementaire qui avait été conféré à ses auteurs [1].

Deuxième hypothèse. — *Enfants domiciliés en France lors de leur majorité* art. 8-4°.

402. Est Français, d'après l'art. 8-4° : « *Tout individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités.* »

(1) Despagnet, n. 140; Weiss, I, p. 145 s.; Rouard de Card, p. 159 et 160; Vincent, n. 143 s.; Audinet, *J. Clunet*, 1890, p. 204. — Cpr. Audinet, S., 1902. 1. 205. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 72, p. 398 et 399, n. 35; § 73, p. 406, n. 7, et p. 418, n. 57; Surville et Arthuys, n. 78; Campistron, n. 146 s.; Le Sueur et Dreyfus, p. 138; O. Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 567; Surville, *Rev. crit.*, 1902, p. 143. — Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. de Boeck. — Douai, 11 mars 1901, S., 1903. 1. 105, *J. Clunet*, 1901, p. 797. — Crim. cass., 3 mai 1901 (sol. impl.), S., 1902. 1. 105, D., 1903. 1. 129, *J. Clunet*, 1901, p. 797.

A cette catégorie d'individus la loi nouvelle a fait juste la situation qui était celle des enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y était né, sous l'empire des lois de 1851 et de 1874 : ils sont Français de plein droit, sauf à décliner cette qualité sous les conditions et dans les délais fixés par la loi. Celle-ci s'est inspirée du double désir de prévenir les dangers de l'*heimathlosat,* c'est-à-dire de l'absence de toute nationalité pour certaines personnes, et de faire aux enfants d'étrangers, lorsqu'ils sont nés en France et qu'ils y sont domiciliés à leur majorité, une situation préférable à celle des enfants qui n'y ont pas leur domicile. On a pensé, en effet, que leur attachement pour notre patrie serait d'autant plus fort qu'ils y auraient séjourné le plus souvent avec leurs parents, comme du moins on l'a présumé, pendant toute leur minorité (1).

403. Les personnes visées par l'art. 8-4° sont toutes celles qui, remplissant les deux conditions déjà précisées (2), ont en outre, à leur majorité, leur « domicile » en France. On serait donc porté à croire qu'il ne suffirait pas qu'elles y eussent à la même époque seulement leur résidence : si c'est à raison de l'établissement durable qu'elles se sont créé dans notre pays que la loi les compte au nombre de ses ressortissants, une simple résidence pourrait ne pas apparaître comme assez démonstrative (3). Mais il semble pourtant résulter des travaux préparatoires (4), non pas qu'un établissement tout momentané devrait être jugé suffisant, mais que la condition du domicile ne doit pas être entendue avec trop de rigueur, et que la permanence de l'établissement en France suffit, l'intéressé fût-il en droit domicilié hors de notre pays, avec sa famille (5).

(1) Rapport de M. Delsol au Sénat, *J. off.*, Sénat, *Doc. parl.*, 1889, p. 233; 2e rapp. suppl. à la Chambre des députés, de M. A. Dubost, *J. off.*, Ch. des dép., *Doc. parl.*, 1889, p. 576. — Cf. Cogordan, p. 84; Weiss, I, p. 159; Huc, I, n. 232; Rouard de Card, p. 161 s.; Beudant, I, n. 21.

(2) Cf. *supra*, n. 361 s.

(3) Colmet de Santerre, I, n. 22 *bis*, II; Weiss, I, p. 88; Cogordan, p. 90; Rouard de Card, p. 148; Campistron, n. 95.

(4) Cpr. 2e rapp. suppl., de M. A. Dubost à la Ch. des dép., *J. off.*, *Doc. parl.*, 1889, p. 576.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 363, n. 10; Despagnet, n. 128; Surville et Arthuys, p. 59, note 4; Le Sueur et Dreyfus, p. 166; Vincent, n. 38; Audinet,

En tant d'ailleurs qu'on considère le domicile véritable, il semble qu'il y ait lieu d'exclure de notre catégorie les enfants des agents diplomatiques étrangers accrédités près de notre gouvernement. Obligés comme tels d'habiter notre territoire, ces agents sont cependant domiciliés de droit dans le pays qu'ils représentent, et dès lors leurs enfants ne seront pas non plus domiciliés en France à l'instant précis de leur majorité (1).

404. La qualité de Français est acquise à ces personnes dès qu'elles ont vingt et un ans révolus. Mais elles sont admises à la répudier. Cette faculté ne comporte-t-elle pas pourtant certaines restrictions ?

Et d'abord leur appartient-elle encore lorsque, durant leur minorité, leurs représentants légaux ont, en leur nom, et dans les termes de l'art. 9, fait une déclaration qui leur assurait déjà la qualité de Français ?

Que cette option anticipée puisse intervenir à leur profit, c'est ce dont on ne peut guère douter, en dépit des termes de l'art. 9, al. 10, qui ne paraissent viser que les mineurs qui ne doivent pas avoir leur domicile en France à leur majorité, et même des travaux préparatoires (2). Outre qu'on ne comprendrait pas qu'ils fussent exclus de cette faculté, alors qu'ils sont appelés à devenir Français de plein droit et sans déclaration si la condition de domicile se réalise, comment pourrait-on, en fait, les en priver à une époque où, par hypothèse, il est impossible justement de savoir si cette condition se réalisera (3) ?

Seulement, à l'imitation de la loi du 16 décembre 1874 (art. 2), qui n'autorisait les jeunes gens nés en France d'un étranger qui lui-même y était né, à contracter d'engagement militaire ou à entrer dans les écoles du gouvernement qu'à

n. 123 ; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 563 ; Surville, *J. Clunet*, 1893, p. 682, note 2. — Cpr. Crim. rej., 30 mars 1898, S., 99. 1. 111. — Alger, 8 mai 1901, D., 1903. 2. 436. — Aix, 3 juin 1901, S., 1903. 2. 167. — Trib. Saint-Etienne, 13 fév. 1902, D., 1903. 2. 21.

(1) Despagnet, n. 128 ; Weiss, I, p. 164, note 4 ; Cogordan, p. 111.

(2) Rapport de M. Dubost à la Chambre des députés, *J. off.*, 1889, *Doc. parl.*, p. 576 ; rapport de M. Delsol au Sénat, *J. off.*, 1889, *Doc. parl.*, p. 234.

(3) Despagnet, n. 131-2° ; Surville et Arthuys, n. 40.

la condition de renoncer par anticipation à la faculté de décliner la qualité de Français, le décret du 13 août 1889 (art. 11) et le modèle n° 2 de déclaration annexé à la circulaire du 28 août 1893 imposent aux représentants de l'enfant l'obligation de faire en son nom cette même renonciation, en même temps que la déclaration de l'art. 9. Or il s'agit de savoir quel est l'effet de cette renonciation et de cette déclaration par rapport à son droit d'option.

404 *bis*. La solution de la première question est évidemment subordonnée à la détermination de la valeur légale de cette disposition du décret réglementaire et de la jurisprudence de la Chancellerie qui se fonde sur elle, et l'on va voir que cette valeur semble avoir été toute différente, sous l'empire de la loi militaire de 1889, de ce qu'elle sera sous celui de la loi de 1905.

Que valait en effet, avant la mise en vigueur de la loi de 1905, la disposition de l'art. 11 du décret qui portait : « La renonciation du mineur à la faculté qui lui appartient, par application des art. 8, § 4, 12 et 18 C. civ., de décliner à sa majorité, la qualité de Français, est faite, en son nom, par les personnes désignées dans l'art. 9, § 2 C. civ. »? Il semble bien qu'elle était absolument inconstitutionnelle, et dépourvue comme telle de toute valeur légale. Alors que le règlement prévu par l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889 devait uniquement déterminer « les formalités à remplir et les justifications à faire », notamment dans le cas de renonciation à la qualité de Français qui nous occupe, l'art. 11 du décret empiétait évidemment sur le domaine du législateur : il organisait de toutes pièces, durant la minorité de l'enfant, une renonciation au droit de décliner la nationalité française qui ne devait lui appartenir qu'à sa majorité et encore éventuellement; il permettait aux représentants de l'enfant d'exercer un droit qui lui était personnellement réservé, et enfin il leur donnait le moyen de fixer définitivement une nationalité qui, d'après la loi même, devait pendant cette minorité rester conditionnelle [1].

[1] Despagnet, n. 131-2°; Weiss, I, p. 131 et 169; Huc, I, n. 260; Surville et

404 *ter*. Mais, cette valeur légale qui lui manquait jusque-là, il nous paraît que la loi du 21 mars 1905 l'a conférée à l'art. 11 du règlement, et qu'il en a purgé le vice originel pour l'avenir [1]. En effet on sait déjà qu'aux termes de son art. 11 les jeunes gens qui sont Français, sauf faculté de répudiation, ne doivent être portés que sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, du moins, ajoute-t-il, « lorsqu'il n'aura pas été renoncé en leur nom et pendant leur minorité à l'exercice de cette faculté ». N'est-ce pas dire que, s'il y a été renoncé, au contraire, ils participent au sort commun des jeunes gens de leur âge, apparemment parce qu'ils sont irrévocablement Français, ladite renonciation étant parfaitement valable ? Il semblera étrange, à coup sûr, que le législateur ait cru devoir valider, dans une loi sur le recrutement, une pratique qui se référait à l'application d'une loi de droit civil sur la nationalité, et qui lui était d'ailleurs contraire. Mais, outre que cette objection, tirée des exigences de la technique législative, est assez fragile à une époque où cette technique est si peu observée, on peut croire que les auteurs de la loi de 1905 ont cru simplement consacrer une règle existante et dont la Chancellerie ne mettait d'ailleurs pas en doute la valeur effective. Et, en tout cas, on ne voit pas pourquoi la nouvelle loi militaire traiterait, conformément au droit commun, les jeunes gens au nom desquels il est intervenu une renonciation au droit de décliner la nationalité française, si ce n'est pas parce qu'elle

Arthuys, *Cours élémentaire de droit intern. privé*, n. 40; Audinet, *Précis élém.*, 2e édit., n. 45; *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 42; *Note*, S., 1906. 1. p. 113; Vincent, n. 108; Rabany, *Le recrutement de l'armée*, 1906, p. 193 s.; *J. Clunet*, 1904, p. 938 s.; Trigant-Geneste, *Rev. de dr. intern. privé*, 1905, p. 100 s. — Trib. Avesnes, 31 déc. 1903, et Alger, 27 avril 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 929. — Req. rej., 26 juill. 1905, S., 1906. 1. 113, note de M. Audinet. — *Contra :* Aubry et Rau, I, p. 371-372, n. 36; Rouard de Card, p. 178; Campistron, n. 91; Le Sueur et Dreyfus, p. 154. — Cf. Cogordan, p. 100; Despagnet, *Le Droit*, 19 octobre 1889.

[1] Pour l'avenir, disons-nous. Pour que ce vice eût été aussi purgé dans le passé, il faudrait que la loi de 1905 eût un caractère interprétatif, et on ne voit pas sur quels motifs on pourrait lui prêter ce caractère : elle contient, au contraire, manifestement, quelles qu'aient été les croyances de ses auteurs, une disposition de droit nouveau, qui a pour résultat de conférer à l'art. 11 du décret la légalité qui lui manquait. Audinet, *Note*, S., 1906. 1. p. 115. — Req. rej., 26 juillet 1905, précité.

a la force de les rendre irrévocablement Français, alors justement que toute son économie montre que cette loi n'appelle au service que ceux qui possèdent cette qualité [1].

404 *quater*. Dès lors, sous l'empire du moins de la loi de 1905, il nous paraît certain que la renonciation exigée des représentants de l'enfant par la Chancellerie, en même temps qu'ils font la déclaration dans les termes de l'art. 9, al. 10 C. civ., lui enlève définitivement la qualité de Français, puisqu'elle ne peut plus être considérée comme inopérante [2].

Mais est-ce que, à l'inverse, jusqu'à ce que cette loi eût donné à la disposition du décret de 1889 la force dont elle était dépourvue, l'étranger né en France, dont la situation est visée par l'art. 8-4°, conservait la faculté de décliner cette qualité ? La difficulté se compliquait encore, parce que, même en faisant abstraction de la renonciation formelle intervenue en son nom, il s'agissait de savoir si l'option anticipée faite dans les termes de l'art. 9, al. 10, ne lui enlevait pas par elle-même cette faculté.

Or, en faveur de la négative, on peut dire que, si, par dérogation au principe d'après lequel tout changement de nationalité implique le consentement personnel de l'intéressé, les représentants légaux du mineur peuvent lui faire acquérir, pour son plus grand avantage, la nationalité française, on comprend qu'ils ne puissent pas le priver de la faculté de la répudier plus tard à sa majorité, ce qui ne serait susceptible que de lui être préjudiciable [3].

Mais les arguments de l'affirmative nous apparaissent encore plus forts. On cherche vainement en effet pourquoi, lorsque la déclaration anticipée de l'art. 9, § 10, a été faite au nom d'un mineur, en vue de lui faire acquérir la nationalité française, elle aurait moins de force, quand il doit être domicilié en France à l'époque de sa majorité, que lorsqu'il

[1] Trigant-Geneste, *Rev. de dr. int. privé*, 1905, p. 99; Audinet, *Note*, S., 1906. 1. p. 114 et 115. — *Contra :* Lenoble, *Rev. de dr. int. privé*, 1905, p. 430 s.; Feuilloley, conclusions, *Rev. gén. d'administration*, 1906, p. 72. — Cpr. Rabany, *op. cit.*, p. 199. — Req. rej., 26 juill. 1905, S., 1906. 1. 113, et concl. de M. Feuilloley.

[2] Cf. la note précédente.

[3] Weiss, p. 131 et 132; Despagnet, n. 131-2°; Gérardin, p. 173; Glard, p. 95.

ne doit pas y avoir son domicile, et pourquoi cette acquisition, irrévocable dans le dernier cas, ne le serait pas dans le premier. Est-ce qu'au contraire l'établissement de ce domicile ne doit pas bien plutôt consolider qu'ébranler cette acquisition? La manifestation de volonté des représentants du mineur, sur laquelle il ne lui est pas permis de revenir dans le cas de l'art. 9, et qui alors a la même valeur que si elle émanait d'un majeur, doit donc avoir les mêmes effets dans le cas de l'art. 8-4°. Ou bien plutôt, quand elle se réalise durant la minorité de l'intéressé, elle intervient toujours dans l'hypothèse de l'art. 9, puisque les conditions de l'art. 8-4°, par supposition, ne peuvent pas être encore remplies, et la faculté de répudiation organisée par celui-ci ne saurait être combinée avec la faculté de déclaration anticipée que l'art. 9 organise (1).

405. Enfin le droit de décliner la nationalité française continue-t-il d'appartenir à l'individu qui, se trouvant dans la situation de l'art. 8-4°, participe, sans protester, aux opérations du recrutement? Il faut distinguer.

Est-il majeur? En faveur de l'affirmative (2), on pourrait faire valoir que le N. art. 9, al. 11, est inapplicable, par ses termes mêmes, à cette hypothèse, et qu'une déchéance de cette nature n'est pas susceptible d'extension, comme aussi invoquer les déclarations des rapporteurs de la loi au Sénat et à la Chambre des députés (3). S'il en était ainsi, l'art. 8-4°, à la différence de l'art. 9, qui autorise une manifestation tacite de la volonté de devenir Français, n'admettrait pas de renonciation tacite à la faculté de décliner cette qualité.

Mais l'opinion contraire, d'ailleurs plus communément adoptée, se défend encore mieux (4). D'une part, à la diffé-

(1) Campistron, n. 91; Rouard de Card, p. 174; Vincent, n. 50; Geouffre de Lapradelle, p. 318; Stenler, *J. Clunet*, 1890, p. 569; Despagnet, *Le Droit, loc. cit.;* Audinet, *Princip. élém.*, n. 80, *J. Clunet,* 1891, p. 37 s.; *Note* précitée, p. 114.

(2) Weiss, I, p. 172; Vincent, p. 91. — Trib. Constantine, 1er déc. 1903, et Trib. Avesnes, 31 déc. 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 929.

(3) Rapp. de M. Delsol au Sénat, *J. off., Doc. parl.*, 1889, p. 234; Rapp. de M. A. Proust à la Chambre des députés, *J. off., Doc. parl.,* 1889, p. 1214.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 366, n. 19, et p. 372, n. 37; Despagnet, n. 128-B, et

rence de l'art. 9, l'art. 11, al. 2, de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement, dont la disposition, il est vrai, n'a pas été reproduite dans celle de 1905, avait visé les étrangers nés en France et domiciliés dans ce pays, et décidé que la qualité de Français leur serait définitivement acquise si, portés sur les listes de recrutement dans l'année qui suit leur majorité, ils ne s'étaient pas prévalu de leur extranéité au plus tard lors de leur convocation devant le conseil de révision. D'autre part, on chercherait pour quel motif cette sorte d'option tacite resterait inopérante pour des individus qui deviennent Français sans aucune déclaration, alors qu'elle fait acquérir la qualité de Français à ceux dont cette déclaration est exigée. Et cette dernière considération semble ici, comme au sujet de l'art. 8-3°, devoir finalement l'emporter sur toutes les autres.

Il résulte de cette solution, si elle est fondée, que le délai accordé pour répudier la nationalité française à celui qui se trouve dans la situation de l'art. 8-4° se trouverait abrégé par suite de son appel sous les drapeaux, ainsi du reste que cela paraît avoir été admis dans les travaux préparatoires [1]. Mais, pour lui réserver entièrement son droit d'option, la loi militaire de 1905 veut qu'il ne soit porté que sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de sa majorité.

405 *bis*. L'individu participe-t-il aux opérations du recrutement, étant mineur? Alors, au contraire, par identité des motifs sur lesquels s'appuie la solution que nous avons adoptée dans un cas tout à fait analogue [2], il ne saurait compromettre sa faculté d'option. Ou bien plutôt cette solution s'impose, puisque le cas est le même et que le jeune homme supposé mineur ne peut se trouver que dans la situation à laquelle elle s'applique, celle de l'art. 9, et non point dans

n. 131-3°; Cogordan, p. 97; Rouard de Card, p. 197; Campistron, n. 102 s.; Le Sueur et Dreyfus, p. 238 s.; Geouffre de Lapradelle, p. 263; Audinet, *J. Clunet*, 1891, p. 57, et *Note*, S., 1906. 1., p. 116. — Cf. Huc, I, n. 261. — Limoges, 13 mars 1889, *J. Clunet*, 1890, p. 291.

(1) Déclaration du rapporteur, *J. off.*, 1889. Ch. des dép., *Déb. parl.*, p. 595.

(2) Cf. *supra*, n. 394 *bis*.

celle de l'art. 8-4°, dont sa majorité est une des conditions mêmes d'application.

406. Les conditions sous lesquelles s'exerce utilement cette faculté de répudiation sont au nombre de trois. L'individu doit : décliner, par une déclaration effectuée dans l'année qui suit ses 21 ans, la nationalité française, prouver qu'il a conservé la nationalité de ses parents, prouver enfin, s'il y a lieu, qu'il a satisfait à la loi militaire du pays auquel il entend rester attaché. Il doit :

407. 1° Décliner la nationalité française, avant l'expiration de sa vingt-deuxième année [1], par une déclaration qui est faite dans les formes du décret du 13 août (art. 6 et s.) [2], et reçue par le juge de paix (avant le décret, par les officiers municipaux) du domicile du déclarant, ou, si celui-ci réside à l'étranger, par l'agent diplomatique ou consulaire français. D'après la loi du 7 février 1854 (art. 1er), c'était l'agent diplomatique ou consulaire étranger qui était compétent en pareil cas. Mais, antérieurement à 1889, la loi du 16 décembre 1874 lui avait déjà retiré cette compétence, par ce motif que la loi française n'avait ni ordre, ni mission à lui donner [3].

Cette déclaration doit être de plus enregistrée à la chancellerie, à peine de nullité, et insérée au *Bulletin des lois* (art. 9, al. 8 et 9). Toutes les règles relatives à l'enregistrement prescrites par les paragraphes 2 et 3 de cet article sont applicables à cette déclaration ; mais elle ne peut être, au contraire, refusée pour cause d'indignité, puisqu'elle aurait précisément alors pour résultat d'enlever la qualité de Français à qui ne la mérite pas [4]. Ce refus ne peut donc être motivé que par l'absence des conditions requises en la personne du déclarant [5].

Le fait par l'individu d'exciper de son extranéité, lorsqu'il

[1] La déclaration qui serait faite le lendemain de l'expiration de la vingt-deuxième année serait inopérante. Cpr. Trib. Saint-Etienne, 13 fév. 1902, D., 1903. 2. 21.

[2] Circ., 28 août 1893, modèle n° 5.

[3] Cf. Huc, I, n. 232 ; Despagnet, n. 128-B ; Weiss, I, p. 176 ; Cogordan, p. 91 ; Rouard de Card, p. 169 s.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 369, n. 29 et 30.

[5] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 370 et 371, n. 31-34.

est appelé à participer aux opérations du recrutement, équivaut d'ailleurs à cette déclaration [1].

408. 2° Prouver dans le même délai, par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle reste annexée à la déclaration, qu'il a conservé la nationalité de ses parents, et ce pour justifier qu'il n'augmente pas, en déclinant la nôtre, le nombre des *heimathlosen*. L'autorité compétente pour délivrer cette attestation est, à défaut de convention intervenue entre la France et le gouvernement dont l'individu prétend relever, l'agent diplomatique étranger, mieux à même de la fournir qu'un simple agent consulaire (Avis du conseil d'Etat du 29 avril 1890) [2]. Cette condition peut donc être impossible à réaliser, si, cette attestation étant inconnue de la loi étrangère, nulle autorité n'a qualité pour la délivrer. Aussi admet-on d'ordinaire qu'on peut se contenter alors d'un équivalent, tel qu'un certificat d'immatriculation sur les registres du consulat [3].

409. 3° Enfin produire, toujours dans le même délai, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays. Autrement la réclamation pourrait n'avoir d'autre but que de permettre à l'intéressé de se soustraire aux obligations de la loi militaire dans le pays dont il réclame la nationalité et en France tout à la fois. Néanmoins ce certificat n'est exigé que s'il y a lieu, c'est-à-dire si l'étranger n'échappe pas, par son sexe ou pour toute autre raison, en vertu de sa loi même, au service militaire [4].

L'art. 8-4° *in fine* réserve d'ailleurs le cas où il aurait été dérogé à ses dispositions, dans leur ensemble ou sur certains points, par des traités conclus avec les puissances étrangères [5].

(1) Campistron, n. 107 et 108.

(2) *Rev. prat. de dr. intern. priv.*, 1890-91. 1. 98.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 368, n. 23 ; Cogordan, p. 91 ; Weiss, I, p. 181 ; Despagnet, n. 128-B. ; Rouard de Card, p. 167. — Cf. Trib. civ. Bayonne, 27 déc. 1882, *J. Clunet*, 1883, p. 56, et observ. de M. L. Renault, *Rev. crit.*, 1883, XII, p. 718.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 368, n. 25 et 26. — Cf. avis Cons. d'Etat, 29 avril 1890.

(5) Circ. du 28 août 1893, modèle de déclaration, n° 5. — Cf. Aubry et Rau, *loc.*

410. Puisque l'individu né en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, n'est Français, d'après notre article, que s'il est domicilié dans notre pays lors de sa majorité, il reste nécessairement étranger jusqu'à cette époque : jusque-là nul ne peut dire s'il sera alors dans les conditions requises par cette disposition [1]. Sa situation est donc de tous points semblable à celle de l'individu dont la situation est régie par l'art. 9.

Dès lors sa position est notamment la même que celle de ce dernier, à la suite d'un arrêté d'expulsion pris contre lui avant sa majorité. Vainement objecterait-on, pour établir une distinction entre les deux cas, que la nationalité française lui est, dans le cas de l'art. 8-4°, plus imposée qu'offerte, et que cet article, à la différence de l'art. 9, ne lui ouvre aucun droit. Car, au contraire, il peut tout aussi bien se prévaloir de cette disposition dans son intérêt qu'on peut la lui appliquer contre sa volonté. Et la vérité est que la possibilité d'accomplir la condition de domicile dont dépend pour lui l'acquisition de la qualité de Français doit être dans les deux cas tout à fait identique [2].

Dès lors encore la déclaration prévue par l'art. 11 du décret de 1889, par laquelle ses représentants légaux renonçaient en son nom, pendant sa minorité, à la faculté de décliner la nationalité française, ne pouvait pas avoir d'autre force que celle qui a été déjà déterminée, antérieurement à la loi militaire de 1905 [3]. Mais elle aura désormais aussi toute

cit., p. 368, n. 27; Huc, I, n. 232; Weiss, I, p. 182; Cogordan, p. 92; Campistron, n. 97; Rouard de Card, p. 167 s.

(1) Despagnet, n. 128-A. — Crim. cass., 19 déc. 1891, S., 92. 1. 107, rapp. de M. Sallantin, D., 93. 1. 329, et *J. Clunet*, 1892, p. 690. — Cpr. Civ. cass., 16 avril 1896, *J. Clunet*, p. 1049.

(2) Cf. *supra*, n. 396.

(3) Cf. *supra*, n. 404 *bis*. — Despagnet, n. 128; Weiss, I, p. 167; Campistron, n. 100; Rouard de Card, p. 173. — Trib. Seine, 25 juill. 1889, *J. Clunet*, 1890, p. 321. — Trib. corr. Reims, 14 déc. 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 840. — *Contra* : Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 372, n. 36; Vincent, n. 50 s. — Montpellier, 8 mai 1891, *Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-91. 1. 329. — Cette renonciation était si peu admissible que ceux-là mêmes qui, comme les continuateurs de MM. Aubry et Rau, en acceptaient la valeur, étaient réduits à constater (I, § 73 *ter*, p. 431, n. 6 qu'elle plaçait les mineurs « dans une situation particulière » et qu'il n'était guère possible de les considérer comme investis de la qualité de Français par

celle que lui a conférée cette loi pour l'avenir, en effaçant l'inconstitutionnalité de cette disposition du décret.

411. Lorsqu'il a atteint sa majorité, l'étranger né en France est Français par cela seul que la condition de domicile requise est réalisée. Comme tel, il jouit immédiatement de la plénitude des droits politiques (1). Mais il ne doit être porté, conformément à la disposition générale de l'art 11 de la loi de 1905, que sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de sa majorité, à moins qu'il n'ait été déjà renoncé en son nom à la faculté de décliner la qualité de Français (2).

D'autre part, selon nous, il est réputé avoir été Français depuis sa naissance. D'abord les travaux préparatoires sont favorables à cette solution, car c'est sur le fait de la naissance en France, quoique subordonné à l'établissement du domicile en ce pays, qu'on a voulu fonder l'attribution pour ce cas de la qualité de Français (3). Puis la condition véritable dont dépend cette attribution doit, conformément aux principes généraux (art. 1179), opérer avec effet rétroactif. Enfin c'est ce qui semble bien résulter, par argument *a contrario,* du nouvel art. 20, lequel, excluant la rétroactivité dans toute une série de cas, ne vise pas l'art. 8; d'autant que, si la rétroactivité n'a pas lieu dans notre hypothèse, elle n'aura lieu dans aucune, et alors on se demande pourquoi l'art. 20 n'aurait pas été rédigé dans les termes suivants : l'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français a toujours lieu sans effet rétroactif.

Vainement objecte-t-on que, si l'on argumente du silence de l'art. 20, il faut alors aussi « déclarer Français rétroacti-

l'effet de l'art. 8, n° 4, car la condition de domicile à la majorité, exigée par le texte, ne se trouvait pas réalisée en leur personne; « elle est simplement présumée devoir s'accomplir ». C'est pourquoi il leur paraissait qu'ils ne devenaient Français que « par le bénéfice de l'art. 9 seul », et dès lors sans rétroactivité.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 363 et 364; Despagnet, n. 128. — Cpr. Civ. cass., 22 avril 1896, S., 97. 1. 337, note Audinet, *J. Clunet,* 1897, p. 351. — Cpr. aussi Surville et Arthuys, p. 61, note 4. — Cf. *supra,* n. 398.

(2) Rabany, *op. cit.,* p. 192.

(3) Rapp de M. Delsol au Sénat, *J. off.*, 1889, *Doc. parl.,* p. 233; Rapp. de M. A. Dubost à la Ch. des dép., *J. off.,* 1887, *Doc. parl.,* sess. extr., p. 235.

vement, et l'étranger naturalisé, et l'étrangère qui épouse un Français ; ce que personne ne consentirait à admettre ». C'est qu'en effet ces deux déductions ne seraient nullement fondées : dans l'une et l'autre hypothèses, l'idée même de rétroactivité est, par nature, inadmissible, puisque l'acquisition de la qualité de Français se réalise en vertu d'une cause toute nouvelle (la naturalisation ou le mariage), qui n'a pas de racines dans le passé ; comment pourrait-elle donc rétroagir ? Comme, au contraire, dans le cas de l'art. 8-4°, cette acquisition se produit en vertu d'une cause ancienne, la naissance dans des circonstances déterminées, dont l'effet est seulement subordonné à l'accomplissement d'une condition, le domicile en France à l'époque de la majorité, on comprend très bien que cet effet puisse se faire sentir jusque dans le passé. Il est vrai que cette rétroactivité jette une fâcheuse incertitude sur la nationalité de l'enfant pendant sa minorité. Mais rien ne prouve que cet inconvénient ait arrêté le législateur de 1889, qui l'avait vu se produire dans le cas de l'ancien art. 9, tel que l'interprétait la jurisprudence [1].

De notre proposition se déduit cette conséquence que, si l'individu dont la situation est régie par l'art. 8-4° s'est marié étant encore mineur, la femme étrangère de ce Français et ses enfants seront devenus Français eux-mêmes, la première par son mariage, et les seconds *jure sanguinis*. Cette solution est encore corroborée par le silence que garde l'art. 5 du règlement du 13 août 1889 relativement à cette hypothèse [2].

412. Enfin si cet individu, devenu Français, décline régulièrement cette qualité, il la perd, ainsi que l'annonce l'art.

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 363, n. 11 ; Weiss, I, p. 165 ; Surville et Arthuys, n. 39-I ; Vincent, n. 39 s. ; Audinet, n. 124, *J. Clunet*, 1889, p. 198 et 200, et *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 40, note 1 ; Glard, p. 91 ; Cohendy, *Le Droit*, 19 oct. 1889. — Civ. cass., 16 avril et 22 avril 1896, S., 96. 1. 337, note de M. Audinet, D., 97. 1. 95. — Civ. cass., 24 juill. 1899, D., 1901. 1. 548. — *Contra :* Colmet de Santerre, I, n. 22 *bis*, II ; Campistron, n. 145 ; Rouard de Card, p. 163 et 164 ; Despagnet, n. 128 2° ; Le Sueur et Dreyfus, p. 164 ; Geouffre de Lapradelle, p. 300 s. ; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 563 ; Gruffy, *J. Clunet*, 1894, p. 480 s. — Cpr. Crim. cass., 19 déc. 1891, S., 92. 1. 107, D., 93. 1. 329, note de M. Dupuis. — Trib. Saint-Etienne, 13 février 1902, D., 1903. 2. 21.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 365, n. 12 et 13. — *Contra :* Le Sueur et Dreyfus, p. 164. — Cpr. Despagnet, n. 140.

17-2°. Mais la perd-il avec effet rétroactif et doit-il être censé avoir toujours été étranger depuis sa naissance ? Nous le pensons : le terme « perdre » employé par l'art. 17 n'est nullement contraire à notre opinion, et l'objection qu'on en tirerait serait réfutée par l'art. 8-4° lui-même, d'après lequel l'individu doit prouver qu'il a « conservé » la nationalité de ses parents. Si le législateur lui a conféré d'ailleurs la nationalité française, sans qu'il ait à manifester sa volonté de l'accepter, c'est par une faveur qui ne saurait être retournée contre lui : c'est dire que l'individu domicilié et qui a revendiqué la qualité d'étranger doit se trouver dans la même situation que l'individu non domicilié qui n'a pas réclamé la qualité de Français. Tous deux doivent donc être réputés avoir été toujours étrangers. On peut ajouter encore, si l'on veut, que l'acquisition de la nationalité française est, dans notre cas, subordonnée à la condition résolutoire d'une réclamation contraire, qui doit opérer avec effet rétroactif (art. 1179). Si elle n'opérait pas ainsi, son auteur, étranger de naissance, serait devenu rétroactivement Français à sa majorité, pour redevenir étranger par sa répudiation de la nationalité française : or il n'a pu être dans la pensée du législateur de lui faire subir inutilement ces dénationalisations successives, et il est bien plus logique de croire que la répudiation doit défaire de la même manière ce que sa situation avait fait (1).

413. Redevenu rétroactivement étranger après son option pour la nationalité de ses parents, l'individu ne pourrait-il pas, s'il était encore dans les délais de l'art. 9, se prévaloir de cette disposition pour acquérir la nationalité française ? On pourrait très bien soutenir qu'il a cette faculté (2), quoique le contraire ait été jugé sous l'empire de la loi du 7 février

(1) Despagnet, n. 128-3°; Weiss, I, p. 187; Surville et Arthuys, n. 39-I; Rouard de Card, p. 171 et 172; Le Sueur et Dreyfus, p. 152; Glard, p. 105; Audinet, n. 127, et *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 165; Geouffre de Lapradelle, p. 303; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 579. — Civ. cass., 16 et 22 avril 1896, précités. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 373, n. 38; Campistron, n. 185 s.; Vincent, n. 48; Gruffy, *loc. cit.*, p. 483 s.

(2) Weiss, I, p. 189. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 73, p. 410, n. 25. — Cpr. de Folleville, n. 180 et 181. — Douai, 10 février 1867, S., 68. 2. 140, D., 68. 2. 31.

1851 [1]. La lui dénier, sous ce prétexte que, l'art. 8-4° ayant spécialement réglé sa situation, l'art. 9 lui est totalement inapplicable, n'est-ce pas encore ici retourner contre lui la faveur particulière qu'on a voulu lui faire? On comprendrait pourtant, en sens inverse, qu'on ne lui permît pas de revenir sur sa première détermination, telle qu'elle s'est manifestée par sa répudiation, et qu'on lui imposât de prendre parti une bonne fois.

En tout cas, il peut certainement solliciter ensuite une naturalisation proprement dite : mais la chancellerie « rejette inévitablement les demandes ainsi formées ». Aussi le juge de paix qui reçoit la déclaration doit-il donner cet avertissement à celui qui la fait [2].

414. Les trois propositions qui suivent donnent la solution des questions transitoires que soulève l'application de l'art. 8-4° :

1° L'enfant né d'un étranger en France, domicilié dans notre pays à sa majorité, et dont la vingt-deuxième année était déjà expirée lorsque la loi du 26 juin 1889 est devenue obligatoire, est resté définitivement étranger s'il n'avait pas bénéficié de la disposition de l'ancien art. 9. Il avait un droit acquis à conserver la nationalité étrangère [3].

Et il importe peu que cet individu ait satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. Vainement objecte-t-on que la loi du 22 mars 1849 lui donnait des facilités spéciales pour devenir Français, et que par suite « il n'avait pas encore un droit acquis à se prévaloir de la qualité d'étranger ». Bien certainement, au contraire, ce droit lui appartenait déjà, quoiqu'il eût aussi la faculté, par une faveur

(1) Req. rej., 27 janv. 1869, S., 69. 1. 129 et note, D., 72. 1. 55. — Trib. civ. Lille, 18 mai 1872, S., 72. 2. 114. — Amiens, 8 mai 1884, *Rev. gén. d'admin.*, 1884. 3. 437, D., 85. 2. 239. — Req. rej., 6 juil. 1896, S., 1900. 1. 487, D., 97. 1. 369, note de M. Dupuis.

(2) Circ., 28 août 1893. — Cf. Campistron, n. 98 et 192.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 374, n. 42; Huc, I, n. 232 *in fine;* Weiss, I, p. 191; Rouard de Card, p. 191; Campistron, n. 231. — Lyon, 2 avril et 22 mai 1890, S., 91. 2. 173, D., 90. 2. 262, et 91. 2. 369, et note de M. de Boeck. — Nancy, 11 oct. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 924. — Douai, 11 juin 1891, D., 1902. 5. 234. — Alger, 4 mai 1901, S., 1903. 2. 297, D., 1903. 2. 143. — Civ. cass., 12 avril 1902, S., 1902, 1. 360, D., 1903. 1. 332.

qu'on ne saurait retourner contre lui, d'acquérir en vertu du bienfait de la loi la nationalité française [1].

2° Ce même enfant, s'il se trouvait encore dans l'année de sa majorité lorsque notre loi est devenue obligatoire, a été saisi aussitôt par elle et est devenu Français, sauf faculté de répudiation. L'ancien art. 9 lui faisait, en effet, une situation qu'une loi nouvelle a pu d'autant mieux venir modifier qu'elle n'était pas encore définitive, par hypothèse, et qu'à une option dont il n'avait pas encore usé elle n'a fait qu'en substituer une autre, entre les termes de laquelle il a pu librement choisir [2].

3° A plus forte raison cet enfant, encore mineur lorsque la loi est devenue obligatoire, a-t-il été régi par l'art. 8-4°, et non par l'art. 9, s'il en remplissait les conditions à sa majorité. Le droit d'option de l'ancien art. 9 ne s'ouvrant qu'à sa majorité, il n'y avait pour lui jusque-là qu'une expectative, que la loi de 1889 a pu, sans rétroactivité, remplacer par une autre, la faculté de répudiation de la nationalité française [3].

Deuxième cas. — *Enfants nés d'un ex-Français* (art. 10) [4].

415. Comme les rédacteurs du code civil, le législateur de 1889 a fait participer au bienfait de la loi l'individu dont l'un des parents a eu la qualité de Français, avant la conception de l'enfant ou au moins avant sa naissance : c'est une faveur qu'il doit à son origine et qui lui épargne les difficultés et les

(1) Campistron, n. 231. — Alger, 22 mars 1900, S., 1903. 2. 297, D., 1903. 2. 321. Alger, 4 mai 1901, précité. — *Contra :* Rouard de Card, p. 192.

(2) Rouard de Card, p. 192; Chausse, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 209. — Douai, 6 déc. 1890, sous Cass., 26 oct. 1891, S., 91. 1. 537, D., 92. 1. 43. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 193; Campistron, n. 231; Le Sueur et Dreyfus, p. 169. — Trib. Lille, 6 mars 1890, *J. Clunet,* 1890, p. 490. — Trib. Cambrai, 29 mars 1890, *J. Clunet,* 1890, p. 933. — Lyon, 2 avril et 22 mai 1890, précités. — Trib. Lille, 11 juill. 1890, *J. Clunet,* 1890, p. 928.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 374, n. 41; Weiss, I, p. 192; Rouard de Card, p. 192; Campistron, n. 231. — Rouen, 22 fév. 1884, *J. Clunet,* 1884, p. 634. — Trib. Lille, 6 mars 1890, *J. Clunet,* 1890, p. 491. — Civ. rej., 22 avril 1896, *La Loi,* 26 avril. — Cpr. Alger, 26 oct. 1899, S., 1903. 2. 11, D., 1901. 2. 348, *J. Clunet,* 1900, p. 793.

(4) R. Hubert, *J. Clunet,* 1900, p. 483.

lenteurs de la naturalisation. La patrie, disait Boulay dans son exposé des motifs, « doit le traiter comme un enfant qui vient retrouver sa famille » (1).

L'ancien art. 10, al. 2, était ainsi conçu : « Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9 ». Le nouvel art. 10 est surtout plus précis : « *Tout individu né en France ou* » *à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Fran-* » *çais pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions* » *fixées par l'art. 9, à moins que, domicilié en France et* » *appelé sous les drapeaux, lors de la majorité, il n'ait reven-* » *diqué la qualité d'étranger.* »

416. Les personnes comprises dans cette disposition sont celles qui réunissent les conditions suivantes :

1° Etre enfants d'un ex-Français, c'est-à-dire ses descendants, légitimes ou naturels (2), mais au premier degré seulement, car les descendants à un autre degré ne sont pas nés d'un ancien Français, comme l'exige le texte, mais bien, par supposition, d'un étranger (3).

2° Etre issus de parents dont l'un au moins avait la qualité de Français avant la conception de l'enfant ou au moins avant sa naissance (4). Si cette qualité lui appartenait encore au moment de la conception, et à plus forte raison au moment de la naissance, l'enfant, d'après la théorie que nous avons adoptée, naîtrait Français, dans le cas du moins où il devrait, en conformité des principes, prendre la nationalité de cet auteur. Et dût-il perdre ensuite cette qualité en même temps que ses parents, à la suite par exemple d'un démembrement, qu'il ne saurait plus se prévaloir de l'art. 10 : d'une part, cet

(1) Locré, *Lég.*, II, p. 219, n. 6; Treilhard, *eod. op.*, p. 319. n. 4.

(2) Sur la manière dont l'enfant naturel doit établir sa filiation, cpr. Nancy, 13 fév. 1904, D., 1904. 2. 249, note de M. Poncet.

(3) Aubry et Rau, I, § 73, p. 420, n. 72; Demante, 2e éd., I, n. 20 *bis*, IV; Laurent, I, n. 345; Huc, I, n. 263; Beudant, I, n. 33; Despagnet, n. 133; Weiss, I, p. 597; Cogordan, p. 72; Campistron, n. 119; Rouard de Card, p. 180. — Trib. civ. Lille, 22 mars 1888, *La Loi*, 7 avril.

(4) Aubry et Rau, I, § 73, p. 418, n. 59 et 60; Campistron, n. 119; Rouard de Card, p. 179.

article suppose que lorsqu'il est né ses parents n'étaient déjà plus Français, et d'autre part il serait alors ex-Français lui-même, et soumis aux modes ordinaires de réintégration [1].

417. Ces deux conditions sont nécessaires, mais suffisantes.

Peu importe, d'abord, le lieu où la naissance du réclamant est survenue. L'ancien art. 10, al. 2, ne prévoyait, pas explicitement, il est vrai, que le cas où elle avait lieu à l'étranger, dans la supposition, fausse puisque ce système fut écarté, que la seule naissance en France conférait la nationalité française [2]. La nouvelle rédaction a été mise en harmonie avec les principes adoptés [3].

On remarquera toutefois que, si l'enfant et l'un de ses auteurs étaient tous deux nés en France, la situation serait régie par l'art. 8-3° [4]. Elle le serait, à notre avis, par l'art. 8-4°, si l'enfant né en France, y était domicilié lors de sa majorité : l'origine de l'enfant constituerait alors une raison de plus pour l'application de cette disposition, qu'il serait étrange d'écarter précisément parce que l'enfant se rattache déjà, par l'ancienne nationalité d'un de ses auteurs, à la France [5].

418. Peu importe ensuite que ce soit le père ou la mère de l'enfant qui ait eu la qualité de Français. Cette proposition, certainement vraie aujourd'hui d'après le texte même de la loi, était des plus contestées sous l'empire du code civil. Une partie de la doctrine refusait, à l'enfant né d'une femme qui avait perdu la nationalité française par son mariage avec un étranger, le bénéfice de l'art. 10-2e al., parce que, disait-on, l'enfant légitime, ne suivant pas la condition de sa mère, n'avait pu être privé de la qualité de Français par la dénationalisation de celle-ci. Cette interprétation assignait ainsi à notre disposition un fondement qui n'est pas réellement le sien, car son vrai but est de faciliter à l'enfant le moyen de

(1) Besançon, 26 juin 1895, D., 96. 2. 157 et note. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 127, note 2.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 242, n. 18; Demolombe, I, n. 166; Laurent, I, n. 343; de Folleville, n. 202 s.

(3) Huc, I, n. 262; Despagnet, n. 188; Weiss, I, p. 593; Cogordan, p. 70; Campistron, n. 118.

(4) Campistron, n. 112.

(5) Weiss, I, p. 599; Campistron, n. 115.

se placer sous l'allégeance de la France, par cela seul que l'un de ses auteurs y a été lui-même placé, et non de lui permettre d'acquérir la nationalité que normalement ses parents auraient dû lui communiquer dès sa naissance [1].

419. Peu importe enfin la cause en vertu de laquelle l'auteur de l'enfant a acquis ou perdu la qualité de Français [2].

Certains commentateurs, appuyés par la jurisprudence, repoussaient autrefois cependant l'application de notre article au cas où cet auteur n'était devenu Français que par l'annexion de son pays, plus tard séparé de la France [3]. Et cette restriction était justifiée de façon différente. Les uns faisaient valoir que la dernière annexion opère avec effet rétroactif, de telle sorte que ceux dont elle règle le sort doivent être réputés avoir toujours été les ressortissants du pays dont ils relèvent actuellement. Mais l'existence du prétendu principe dont ils se prévalaient est encore à démontrer. A d'autres il paraissait « évident que le législateur n'a eu en vue que les enfants des Français d'origine....., enfants qui seuls peuvent invoquer la faveur attachée au sang français qui coule dans leurs veines ».

Mais actuellement on s'accorde à reconnaître que les termes et l'esprit de la loi excluent toute distinction entre ceux qui comptent parmi leurs parents un ancien Français, ne l'eût-il été que très peu de temps : ceci suffit en effet pour expliquer

[1] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 241, n. 17; Demolombe, I, n. 167; Demante, 2e éd., I, n. 20 *bis*, III; Huc, I, n. 262; Laurent, I, n. 344; de Folleville, n. 211; Despagnet, 2e éd., n. 188; Weiss, I, p. 594; Surville et Arthuys, n. 105; Cogordan, p. 71; Mourlon, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 524; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1865, XXVI, p. 307; Fuzier-Herman, art. 10, n. 26 et 27. — Douai, 16 avril 1889, S., 90. 2. 212, D., 90. 2. 57, et note de M. Cohendy. — *Contra :* Valette, *Explic. somm.*, p. 15; Alauzet, n. 31. — Paris, 30 juill. 1855, S., 56. 2. 275, D., 56. 2. 277. — Cass. Belg., 24 fév. 1874, S., 74. 2. 233 et note, D., 75. 2. 147. — Trib. civ. Lille, 29 déc. 1888, *J. Clunet*, 1889, p. 654.

[2] Sur la situation des enfants nés, après l'annexion de 1871, d'Alsaciens-Lorrains devenus Allemands, cf. Spire, *De la cond. des Als.-Lorr.* (Thèse, Nancy), 1879; Robinet de Cléry, *Rev. crit.*, 1872-73, II, p. 300; 1875, IV, p. 264 s. et p. 459 s.; 1876, V, p. 15 s. et 89 s.; Chavegrin, *J. Clunet*, 1885, p. 169.

[3] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 240, n. 12; Demangeat sur Fœlix, *Droit intern.*, I, p. 214, note 12.

et légitimer à la fois leur désir de se rattacher à la France et les facilités qu'on leur offre pour le faire [1].

420. L'acquisition de la nationalité française s'opère dans notre cas aux conditions fixées par l'art. 9 [2], avec cette seule particularité que la réclamation [3] de l'intéressé peut se produire ici, non pas seulement dans les délais déterminés par cette disposition, mais à tout âge [4].

Au surplus c'est certainement, selon nous, l'art. 9, tel qu'il a été modifié par la loi du 22 juillet 1893, qui doit être en son entier déclaré applicable. Le gouvernement a donc notamment le pouvoir de refuser l'enregistrement de la déclaration à raison de l'indignité de celui dont elle émane. Il est vrai que d'après l'art. 9, tel qu'il avait été rédigé en 1889, le gouvernement n'avait pas cette faculté, et que les modifications qu'il a reçues en 1893 n'ont pas été expressément déclarées applicables à la situation de l'art. 10. Mais, d'un côté, cette extension est impérieusement commandée par l'esprit de la loi, car le gouvernement doit être d'autant mieux armé pour repousser certaines réclamations qu'elles peuvent émaner ici d'individus âgés et dont l'existence déjà longue peut donner prise à plus de soupçons ou de reproches. Et, d'un autre côté, c'est à peine si cette extension

(1) Aubry et Rau, I, § 73, p. 419 et 420, n. 68-71 ; et § 75 *bis*, p. 471, n. 55 ; Huc, I, n. 263 ; Despagnet, 2e éd., n. 189 ; Weiss, I, p. 596 ; Cogordan, p. 71 ; Campistron, n. 119 ; Rouard de Card, p. 180 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 141 ; Vincent, n. 118 et 119 ; Mourlon, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 245 ; Robinet de Cléry, *loc. cit.*, 1876, V, p. 116 ; Chavegrin, *loc. cit.*, p. 170. — Crim. cass., 7 déc. 1883, S., 85. 1. 89, rapp. de M. Tanon, D., 84. 1. 209 et note. — Trib. civ. Hazebrouck, 24 mars 1888, D., 89. 3. 71. — Douai, 3 juill. 1889, S., 90. 2. 229 et note, D., 91. 2. 11. — Civ. rej., 27 oct. 1891, S., 91. 1. 539 et note, D., 92. 1. 41, note de M. de Boeck. — Req. rej., 20 mai 1895, S., 96. 1. 291, D., 95. 1. 513, note de M. Guénée. — Crim. cass., 31 janv. 1896, S., 96. 1. 537, note de M. Villey. — Ch. réun., 9 déc. 1896, S., 97. 1. 297, D., 97. 1. 161. — Douai, 6 mars 1897, D., 97. 2. 152.

(2) Sur les effets de l'arrêté d'expulsion pris contre l'étranger avant qu'il ait rempli ces conditions, cf. *supra*, n. 396. — Sur le cas où l'enfant de l'ex-Français se soumet au recrutement ou contracte un engagement volontaire en France, cf. Trib. Bourges, 12 nov. 1896, sous Bourges, 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425, note de M. Pic.

(3) Circ. du 28 août 1893, modèles nos 3 et 4.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 419, n. 66 ; Huc, I, n. 262 ; Weiss, I, p. 598 ; Despagnet, n. 133 ; Cogordan, p. 70 ; Campistron, n. 114 et 115 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 143.

avait besoin d'être explicite, car notre disposition, par cela seul qu'elle se réfère simplement à l'art. 9, se réfère à sa teneur actuelle, à son texte tel qu'il est au moment où il doit être appliqué, avec toutes les modifications par conséquent qui ont pu y être apportées [1].

421. L'enfant né d'un ex-Français perd la faculté de former sa réclamation lorsque, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il a revendiqué la qualité d'étranger, et s'est ainsi soustrait au service militaire dans notre pays. Cette restriction a fort embarrassé certains interprètes, qui n'ont pu parvenir à la concilier avec les dispositions de la loi militaire. L'un d'eux [2] déclare, en désespoir de cause, « qu'il vaut mieux ne pas attacher à la dernière proposition de l'art. 10 une trop grande importance ». Et en effet l'individu dont il s'agit est étranger et ne devait pas, dès lors, même d'après l'ancienne loi militaire (art. 11), être appelé à prendre part aux opérations du recrutement en France. Mais peut-être faut-il supposer qu'il a été porté par erreur, notamment parce qu'il résidait en France, sur les tableaux de recensement. Alors de deux choses l'une : ou bien il a été porté sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit sa majorité (art. 11), et, s'il excipe de son extranéité, il perd la faculté de l'art. 10, conformément à la disposition finale de ce texte [3]. Ou bien il a été appelé avec les jeunes gens de la classe à laquelle il appartient par son âge, par conséquent avant sa majorité (art. 10 de la loi du 15 juillet 1889 et de la loi de 1905), et alors il nous paraît certain que son état de minorité l'empêche de compromettre la faculté qui lui appartient [4].

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 418, n. 61; Despagnet, n. 135-II, et *La loi de 1893*, n. 14.

[2] Weiss, I, p. 602. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 421, n. 73; Despagnet, n. 133.

[3] Campistron, n. 116; Rouard de Card, p. 201; Vincent, n. 121; Le Sueur et Dreyfus, p. 251. — Cpr. Douai, 6 déc. 1890, sous Cass., S., 91. 1. 537, D., 92. 1. 41.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 421, n. 74; Colmet de Santerre, I, n. 34; Despagnet, n. 133; Campistron, n. 116; Rouard de Card, p. 201. — Douai, 9 juil. 1890, S., 92. 2. 272, D., 91. 2. 184. — Civ. rej., 26 oct. 1891, S., 91. 1. 537 et note, D., 92. 1. 41, note de M. de Boeck.

421 *bis*. Ce n'est que dans le cas qui vient d'être spécifié que l'enfant né d'un ex-Français perd la faculté de former sa réclamation pour avoir revendiqué une nationalité étrangère. Dès lors il suit de là, semble-t-il, comme aussi du texte de l'art. **10**, qui lui réserve « toujours » cette faculté, qu'il n'en serait pas privé pour avoir, dans le cas de l'art. 8-3°, et étant né en France d'une mère qui y était née elle-même, opté pour la qualité d'étranger [1].

422. L'acquisition de la qualité de Français s'opère d'ailleurs sans effet rétroactif, ainsi que le décide explicitement l'art. **20** [2].

Elle n'a, d'autre part, que des effets individuels, si du moins on adopte l'opinion que nous avons défendue sur l'art. 9, car la question que nous avons discutée alors se représente ici dans des termes identiques [3].

TROISIÈME CAS. — *Femme étrangère qui épouse un Français* (art. 12) [4].

423. Reproduction littérale de l'ancien art. **12**, le nouvel art. **12**, al. **1**, dispose : « *L'étrangère qui aura épousé un* » *Français suivra la condition de son mari.* »

L'unité de nationalité devant autant que possible, c'est-à-dire autant que le permet le respect de la personnalité de chacun de ses membres, régner dans la famille, la loi présume que la femme étrangère qui consent à associer son existence à celle d'un Français, entend aussi partager la nationalité de son mari. Et, sur le fondement de cette présomption, elle la déclare Française de plein droit, par le fait seul de son mariage, alors même qu'elle serait mineure, et

(1) Despagnet, n. 133; consultation de MM. L. Renault et Waldeck-Rousseau, *J. Clunet,* 1895, p. 1067. — *Contra :* Douai, 6 déc. 1894, *J. Clunet,* 1895, p. 1066. — Req. rej., 6 juil. 1896, S., 190). 1. 487, D., 97. 1. 369, note de M. Dupuis.

(2) Nancy, 27 août 1898, *J. Clunet,* 1901, p. 136.

(3) Weiss, I, p. 603; Despagnet, n. 140 ; Rouard de Card, p. 183 ; Vincent, n. 143. — *Contra :* Huc, I, n. 263 *in fine;* Surville et Arthuys, p. 127, note 2 ; Campistron, n. 147 s.; Le Sueur et Dreyfus, p. 146; Chausse, *Rev. crit.,* 1890, XIX, p. 386. — Trib. Lille, 11 juil. 1890, *J. Clunet,* 1890, p. 928. — Douai, 11 juin 1891, *Gaz. du Palais,* 24 juil. 1891. — Cf. *supra,* n. 401.

(4) Varambon, *De la nationalité de la femme mariée, Rev. prat.,* 1859, VIII, p. 50 s., 65 s., 130 s.

sans qu'une manifestation de volonté de sa part soit nécessaire [1].

424. Bien plus, la manifestation d'une volonté contraire devrait rester inopérante [2]. Le changement de nationalité est ici un des effets du mariage ; or la loi règle souverainement ces effets : les parties ne peuvent donc pas modifier une disposition d'ordre public, que les rédacteurs du code civil ont considérée comme « fondée sur la nature même du mariage » [3]. Ces motifs juridiques ne doivent pourtant pas empêcher d'observer qu'il n'est peut-être pas très logique de faire de la dénationalisation de la femme une conséquence nécessaire de son mariage, alors qu'elle pourrait certainement, dès le lendemain de celui-ci, reprendre son ancienne nationalité. Si ce changement postérieur de nationalité est légitime en droit et peut se justifier en fait, pourquoi lui est-il interdit de réserver, en se mariant, sa qualité d'étrangère ? Aussi comprend-on que certains esprits se soient refusés à voir dans l'art. 12 une règle d'ordre public à laquelle il soit défendu de déroger.

425. Les motifs de la loi prouvent que toute femme étrangère devient ainsi Française par son mariage avec un Français, aurait-elle déjà eu précédemment cette qualité : l'obliger à recourir, comme on l'a proposé, aux modes ordinaires de recouvrement de la qualité de Française, ce serait retourner contre l'ancienne Française les faveurs spéciales qui lui sont faites, et introduire dans l'art. 12 une distinction que ni ses termes, ni moins encore son esprit ne comportent [4].

(1) Aubry et Rau, I, § 73, p. 408, n. 18 ; Demolombe, I, n. 168 et 184 ; Beudant, I, p. 57, note 1 ; Despagnet, n. 132 ; Cogordan, p. 276 ; Weiss, I, p. 508 ; Surville et Arthuys, n. 48 ; Campistron, n. 122 ; Rouard de Card, p. 186.

(2) Aubry et Rau, I, § 73, p. 409, n. 20 ; Demolombe, IV, n. 111 ; Laurent, I, n. 348 ; Huc, I, n. 265 ; Despagnet, n. 132 ; Weiss, I, p. 504 ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; Cogordan, p. 278 ; de Folleville, n. 235 ; Campistron, n. 122 ; Rouard de Card, p. 187 ; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1885, p. 226. — *Contra :* Beudant, I, n. 33, p. 57 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 171 ; Blondeau, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 142 s.

(3) Boulay, *Exposé des motifs*, Locré, II, p. 223, n. 14.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 408, n. 19 ; Weiss, I, p. 507 ; Rouard de Card, p. 185 ; de Folleville, n. 238 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 174 ; Vincent, n. 123. — *Contra :* Beudant, *De la naturalisation*, n. 72.

426. Conséquence du mariage, encore faut-il que le mariage existe et soit valable pour que la dénationalisation de la femme se produise [1].

Cependant elle s'opèrerait encore, en l'absence de cette condition, si le mariage était considéré comme putatif, eu égard à la bonne foi de la femme : l'acquisition de la qualité de Française est un effet civil du mariage, qu'il doit conserver en pareille hypothèse, au même titre que tous les autres. Vainement a-t-on objecté que cet effet, indépendant de la volonté de la femme lorsque le mariage est valable, ne saurait dépendre d'elle lorsqu'il est nul. Car il en est tout à fait de même de la plupart des effets civils de l'union conjugale, et l'objection irait ainsi contre la règle même des art. 201 et 202 [2].

427. La femme étrangère ne devient évidemment Française, par le fait de son mariage avec un Français, que pour l'avenir et à compter du jour de la célébration du mariage : le but de la loi n'exige pas davantage, et il n'y a pas de raison pour que le changement de nationalité opère même dans le passé [3].

428. Il nous paraît non moins certain que ce changement doit survivre à la dissolution du mariage par la mort du mari ou par le divorce. Cette dissolution n'est pas dans notre droit, et avec raison, une cause de perte de la qualité de Français : elle n'implique nullement par elle seule renonciation à cette qualité, et, même après que le mariage est dis-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 409, n. 21 ; Demolombe, I, n. 183 ; Duranton, I, n. 187 ; Weiss, I, p. 509 ; Cogordan, p. 277 ; Fuzier-Herman, art. 12, n. 3. — Req. rej., 16 déc. 1845, S., 46. 1. 99, note de M. Devilleneuve, D., 46. 1. 7.

(2) Aubry et Rau, I, § 73, p. 409, n. 22 ; Demolombe, I, n. 183 ; Despagnet, n. 132 ; Weiss, I, p. 509 ; Cogordan, p. 277 ; Rouard de Card, p. 186 ; de Folleville, n. 237 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 172 ; Vincent, n. 124. — Crim. rej., 18 fév. 1819, S., 19. 1. 348, D., *Rép.*, v° *Bigamie*, n. 16. — Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 562, D., 53. 2. 178. — Trib. Alger, 31 juill. 1886, *Rev. algérienne et tunis. de lég. et de jurisp.*, 1890, 2, p. 118. — Paris, 14 mars 1889, *Le Droit*, 22 mars. — Cpr. Alger, 13 fév. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 920.

(3) Laurent, I, n. 349 ; Despagnet, *loc. cit.* ; Weiss, I, p. 511 ; Rouard de Card, p. 187 ; Fuzier-Herman, art. 12, n. 5. — Cpr. Paris, 11 décembre 1847, S., 48. 2. 50, D., 48. 2. 49. — *Contra :* Trib. Seine, 16 janvier 1874, *J. Clunet*, 1874, p. 32.

sous, il peut être très désirable que tous les membres de la famille aient une même nationalité [1].

429. On verra enfin que le changement de nationalité survenu, postérieurement à la célébration du mariage, en la personne du mari, Français lors de celle-ci, reste par lui-même sans influence sur la nationalité de la femme [2].

430. L'acquisition de la nationalité française par la femme est purement individuelle : elle n'a même pas pour effet de permettre aux enfants qu'elle aurait eus avant de se marier de se prévaloir, pour devenir Français, de l'art. **12**, 2e et 3e al., qui prévoit explicitement que leur auteur a obtenu cette qualité par une naturalisation proprement dite, à laquelle on ne saurait assimiler le cas de bienfait de la loi qui nous occupe [3].

431. Observation. — Il est enfin deux autres cas de bienfait de la loi, prévus par le N. art. **12**, al. **2** et **3**, et le N. art. **18**, et qui devraient méthodiquement prendre place ici. Mais il nous semble qu'il vaut mieux, à raison des circonstances mêmes dans lesquelles ils opèrent, en renvoyer l'explication aux paragraphes consacrés à la naturalisation et à la réintégration, dont l'acquisition de la qualité de Français n'est, pour certaines personnes, que la conséquence possible ou nécessaire.

2. *De la naturalisation.*

432. Il est admis à peu près partout aujourd'hui qu'un homme doit avoir le droit de rompre les liens qui l'unissent

[1]) Aubry et Rau, I, § 73, p. 409, n. 23; Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 169; Huc, I, n. 265; Beudant, I, n. 33, p. 57; Despagnet, n. 132; Weiss, I, p. 513; Cogordan, p. 277; Campistron, n. 122; de Folleville, n. 475 et 476; Alauzet, *Qualité de Fr.*, n. 121; Fuzier-Herman, art. 19, n. 11. — Req. rej., 22 juill. 1863, S., 63. 1. 430, D., 64. 1. 26. — Paris, 15 fév. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 717. — Trib. Seine, 28 juin 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 379. — Trib. Lyon, 17 fév. 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 792. — Cf. Serrigny, *Droit public*, I, p. 149; Pradier-Fodéré, *Traité de dr. int. public*, III, n. 1655.

[2]) Cf. *infra*, n. 530.

[3] Despagnet, n. 140; Weiss, I, p. 514; Campistron, n. 158 et 159; Rouard de Card, p. 188; Le Sueur et Dreyfus, p. 173. — Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77. 1. 109, D., 78. 2. 79. — Toulouse, 22 mai 1880, S., 80. 2. 294, D., 81. 2. 93. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 73, p. 418, n. 57, et § 72, p. 399, n. 35; Beudant, I, n. 33, p. 57; Chausse, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 386, et *J. Clunet*, 1891, p. 545. — Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. de Boeck. — Cf. *supra*, n. 401.

à sa patrie, pour en nouer d'autres avec une nation qu'il lui préfère. Ce droit est maintenant reconnu comme un des plus précieux attributs de la liberté individuelle. La loi peut, sans doute, en régler l'exercice, mais l'intérêt bien entendu des Etats leur en impose lui-même le respect.

Ce principe paraît n'avoir jamais été violé en France, même aux époques les plus troublées de notre histoire et alors que l'expatriation était défendue sous les peines les plus sévères, car le régnicole qui passait la frontière, en dépit de toutes ces prohibitions, n'en pouvait pas moins devenir étranger. Ce n'est, au contraire, qu'à des dates toutes récentes que d'autres pays ont condamné la doctrine de l'allégeance perpétuelle, qui, au « *ne quis in civitate maneat invitus* » de Cicéron [1], opposait la vieille formule anglaise : « *Once a subject, always a subject.* » L'indissolubilité du lien de la nationalité a été consacrée en Angleterre jusqu'en 1870, et en Suisse jusqu'en 1876 ; et elle règne encore, théoriquement du moins, aux Etats-Unis, et en fait, par les entraves apportées à l'expatriation, en Russie comme dans quelques autres pays [2].

433. *Lato sensu*, le mot naturalisation désigne tout changement de nationalité, de quelque fait qu'il procède, et comprend alors le bienfait de la loi, la naturalisation proprement dite et l'annexion.

Stricto sensu, la naturalisation peut être définie l'acte par lequel les pouvoirs publics consentent à conférer à un étranger, sur sa demande, la qualité de national [3]. C'est une concession gracieuse de l'Etat, ce qui implique qu'il peut la refuser : en quoi elle se distingue profondément du bienfait de la loi, en vertu duquel la nationalité peut être réclamée comme un droit par tous ceux qui se trouvent dans une situa-

(1) *Pro Balbo*, XIII.

(2) Cf. Laurent, I, n. 322 ; Despagnet, n. 114 et n. 148, p. 323 s. ; Surville et Arthuys, n. 49, 56, 57 s., 69 ; Cogordan, p. 8 s. ; Weiss, I, p. 11 s. ; Bluntschli, *Rev. de dr. intern.*, 1870, II, p. 115.

(3) Cpr. Merlin, *Rép.*, v° *Naturalisation*, n. 1 ; Aubry et Rau, I, § 71, p. 375 ; Demolombe, I, n. 156 ; Huc, I, n. 233 ; Beudant, I, n. 26 ; Despagnet, n. 137 ; Surville et Arthuys, n. 50 ; Cogordan, p. 117 ; Weiss, I, p. 280 ; Campistron, n. 41 ; Rouard de Card, p. 81 ; E. Bickart, *De la naturalisation* (Thèse, Paris), 1890, p. 3.

tion déterminée, sans que le gouvernement puisse les empêcher de l'acquérir en dehors des cas où la loi lui en a expressément conféré le pouvoir.

434. Envisagée quant aux modes suivant lesquels elle est conférée, on conçoit en théorie deux systèmes de naturalisation. Ou bien l'autorité à laquelle est réservé le droit de collation (pouvoir législatif ou exécutif) [1], peut être appelée à l'exercer sans conditions et en toute liberté. Ou bien l'exercice de ce droit peut être subordonné à la réunion en la personne de l'étranger de tout un ensemble de conditions, d'ailleurs des plus variables. Quant à la prétendue naturalisation qui se produirait « comme un simple effet de la loi résultant du concours de certaines circonstances indépendamment de toute intervention des pouvoirs publics » [2], ce serait, d'après nous, non une naturalisation véritable, qui présuppose justement cette intervention, mais un bienfait de la loi, de quelque nom qu'on le désigne.

435. Considérée dans ses conséquences, la naturalisation peut d'abord produire des effets individuels ou des effets collectifs, suivant que le bénéfice en est exclusivement réservé au naturalisé, ou étendu, au contraire, à tous les membres de sa famille ou seulement à certains d'entre eux. Elle est ensuite susceptible d'engendrer des effets plus ou moins pleins, suivant qu'elle assimile de tous points le naturalisé au national d'origine, ou qu'elle établit entre eux, sous des rapports plus ou moins nombreux, une disparité de situation [3].

436. Il ne semble pas qu'à Rome ceux qui sollicitaient le *jus civitatis* aient dû remplir certaines conditions préalables, car nous ne rangeons pas parmi les modes de naturalisation les divers moyens par lesquels un pérégrin ou un latin [4], suivant les cas, obtenait le droit de cité, après avoir accompli certains faits (*causæ probatio, erroris causæ probatio, iteratio, mulier ter enixa*), ou rendu certains services à la chose publique (*militia, nave, pistrino, aedificio, magistratibus in sua*

(1) Cf. Rouard de Card, p. 13.
(2) Huc, *loc. cit.*
(3) Cf. Rouard de Card, p. 83 s.
(4) Gaius, *Inst.*, I, § 28 s.; Ulpien, *Rég.*, III, § 1 s.

civitate gestis) : dans tous ces cas l'acquisition de la cité romaine était un droit pour le pérégrin ou le latin, de même qu'elle était un droit pour l'esclave régulièrement affranchi, et dès lors il ne saurait être question de naturalisation proprement dite.

La vraie naturalisation fut conférée, suivant les époques, par le peuple dans ses Comices par curies, par centuries ou par tribus, et par l'Empereur. Elle le fut parfois aussi par des généraux, par des magistrats ou par le Sénat, mais agissant alors par délégation du peuple. Tantôt d'ailleurs elle s'adressait à des individus isolés, tantôt elle profitait à des collectivités, à des cités entières, et même, avec la célèbre constitution de Caracalla, à tous les sujets de l'Empire.

Individuelle, les effets en étaient, à moins d'une mention spéciale, restreints à la personne du nouveau citoyen, et celui-ci était mis plus ou moins complètement sur le pied d'un citoyen d'origne, suivant qu'il recevait la civitas *cum* ou *sine suffragio* (1).

437. Dans notre ancien droit, la délivrance des *lettres de naturalité* ne dépendait également que du bon plaisir du roi. Ces lettres patentes, qu'il ne faut pas confondre avec l'exemption du droit d'aubaine ou avec les *lettres de capacité*, qui permettaient aux aubains de remplir certains offices ou dignités dont ils étaient exclus en principe (2), s'obtenaient en grande chancellerie, moyennant le paiement d'une finance à titre de compensation de la perte du droit d'aubaine, et devaient être enregistrées en la Chambre des comptes. C'était, d'après Pothier, « le seul enregistrement nécessaire », quoique, dans l'usage et en conformité de plusieurs actes royaux (3), l'enregistrement en fût aussi effectué en la Chambre du Trésor, en la Chambre du Domaine, à la Cour des aides et au Parlement, et qu'elles fussent insinuées aux greffes du domicile

(1) Cf. Mommsen, *Hist. rom.*, I, p. 99, et *Le dr. pub. rom.*, trad Girard, VI, 1re part., p. 145 s.; Accarias, *Précis*, I, n. 47; Girard, *Manuel de dr. rom.*, 2e éd., 1898, p. 110 s.; Weiss, I, p. 285 s.; Bonnet, *Etude sur la natural. en dr. rom., et en dr. internat.* (Thèse, Montpellier, 1887).

(2) Pothier, *Traité des pers.*, 1re part., tit. II, sect. 3, n. 50 s.

(3) Déclaration du 15 sept. 1582 ; édit de décembre 1703 ; déclaration du 20 mars 1708.

de l'aubain et de la situation de ses biens, toutes formalités qui, d'après le jurisconsulte d'Orléans, étaient imposées, « plutôt pour faciliter l'exécution des lettres que pour assurer leur validité » (1).

Accordées d'ordinaire aux seuls catholiques, et sous la condition implicite de demeurer dans le royaume (2), ces lettres de naturalité pouvaient être cependant délivrées par le roi, en vertu de son pouvoir souverain, à qui et comme bon lui semblait. Aussi est-il curieux de voir déjà aux Etats-Généraux de Blois, en 1576, le Tiers demander que les étrangers ne pussent les obtenir qu'à des conditions déterminées, et notamment après seulement qu'ils auraient séjourné dix ans en France. Mais ces vœux ne furent pas exaucés, et il semble bien que jusqu'à la fin de l'ancien régime, et même après l'ordonnance de février 1720, le roi ait pu, en vertu « de la puissance souveraine dont il est le seul dépositaire », conférer la naturalisation comme il l'entendait (3).

438. Quels en étaient les effets ? « Les étrangers naturalisés, dit Pothier (4), jouissent de presque tous les droits des citoyens, si l'on excepte quelques dignités éminentes dans l'Eglise, qu'ils ne peuvent occuper sans une permission expresse du roi », archevêchés, abbayes de chef d'ordre, évêchés (Ord. de Blois de mai 1579, art. 4) (5), satisfaction partielle donnée à une autre réclamation du Tiers-Etat. D'autre part, le bénéfice des lettres de naturalité est personnel à l'aubain qui les a obtenues et ne s'étend à ses

(1) Bacquet, *Dr. d'aubaine*, IIIe part., ch. XXIV, n. 5 et 8; Loysel, *Instit. cout.*, I, n. 97; Pothier, *loc. cit.*; Ricard, *Des donations*, 1re part., ch. III, sect. 4, n. 213; d'Aguesseau, *32e plaidoyer* (édit. Pardessus), II, p. 608. — Cf. cep. Denisart, *Collect. de décis. nouv.*, vo *Natural.*, n. 3, 9 et 10. — Cf. Aubry et Rau, I, § 71, p. 376, n. 4; Weiss, I, p. 296; Despagnet, n. 138; Surville et Arthuys, n. 51; Cogordan, p. 120; Rouard de Card, p. 86 s.

(2) Ord. de 1498; Lettres du 13 juin 1499; Décl. de février 1720.

(3) Bacquet, *op. cit.*, IIIe part., ch. XXV, n. 1 et 2; Pothier, *loc. cit.*, n. 50; Denisart, *eod. loc.*, n. 17; P. Viollet, *Préc. de l'hist. du dr. fr. (Dr. priv.)*, p. 315 s.; Aubry et Rau, I, § 71, p. 375; Despagnet, n. 138; Weiss, I, p. 296 s.; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Cogordan, p. 121.

(4) *Loc. cit.*; Bacquet, *op. cit.*, IIIe part., ch. XXIV, n. 1, et ch. XXXIII, n. 4. — Cf. cep. Loysel, *Instit. cout.*, I, n. 54.

(5) Cf. Ord. d'Orléans, art. 17; de Moulins, art. 76; Bacquet, *op. cit.*, III, ch. XXIV, n. 1.

enfants déjà nés que s'ils y sont expressément compris [1]. Elles ne produisent enfin leur effet que pour l'avenir [2].

439. Telle était, dans notre ancien droit, la naturalisation proprement dite. Mais à certains aubains était réservée une naturalisation spéciale, qui, paraît-il, s'étendait à toute leur famille et opérait même dans le passé : des *lettres de déclaration* (de naturalité) étaient délivrées à ceux qui étaient nés dans des pays sur lesquels les rois de France avaient « à la vérité des droits constants et légitimes, mais où néanmoins leur autorité était méconnue » [3] (Flandre, Milanais, royaume de Naples, etc.). Les naturaliser purement et simplement, c'eût été pour la royauté paraître renoncer à des prétentions qu'elle affirmait de nouveau, au contraire, en les « déclarant » Français [4].

440. Enfin les étrangers pouvaient acquérir les droits de régnicoles, soit en venant s'établir dans certaines villes du royaume (Lyon, Toulouse et Bordeaux), soit en allant former un établissement fixe et durable dans une colonie française, soit encore en servant pendant un certain temps dans l'armée de terre ou de mer ou en travaillant dans certaines manufactures royales [5]. Les esclaves nègres affranchis dans nos possessions y devenaient également citoyens [6]. Mais il faut plutôt voir dans tous ces moyens d'obtenir la qualité de Français des cas de bienfait de la loi, que, comme on l'a dit, de naturalisation collective.

441. Avec l'ère intermédiaire, la naturalisation change tout à fait de nature. On pourrait même dire qu'elle disparaît et qu'il n'y a plus que le bienfait de la loi qui confère la nationalité française, si, du moins dans les deux constitutions des 3-14 septembre 1791 (tit. II, art. 4) et du 24 juin 1793

(1) D'Aguesseau, *32e plaid.*; Bacquet, *op. cit.*, III, ch. XXV, n. 6.

(2) Déclar. du 17 sept. 1582 et du 22 juill. 1697. — Bacquet, *op. cit.*, I, ch. VI, n. 5 s. — Cf. Weiss, I, p. 299; Demangeat, *Hist. de la cond. des étr. en France*, n. 43; Rouard de Card, p. 87 et 88.

(3) Pothier, *Tr. des pers.*, 1re part., tit. II, sect. 1re, n. 47.

(4) Bacquet, *op. cit.*, I, ch. X; d'Aguesseau, *32e plaid.* — Cf. Aubry et Rau, I, § 75 *bis*, p. 456, n. 17; Weiss, I, p. 300; Rouard de Card, p. 88.

(5) Décisions royales de 1607, 1667, 1687, 1715, 1722, etc.

(6) Pothier, *Tr. des pers.*, 1re part., tit. II, sect. 3, n. 56 s. — Cf, Weiss, I, p. 296.

(art. 4), le législateur n'avait reçu le pouvoir de donner à un étranger « un acte de naturalisation » ou de l'admettre « à l'exercice des droits de citoyen français », soit « pour des considérations importantes », soit parce qu'il avait « bien mérité de l'humanité ». La caractéristique, en effet, de toutes les lois qui se succédèrent jusqu'à la promulgation du code civil fut de permettre à un étranger de se placer sous l'allégeance de la France moyennant le seul accomplissement des conditions prescrites, sans aucune intervention du pouvoir législatif ou exécutif, et bien plus, sans manifestation de volonté de la part de l'intéressé. Les constitutions du 5 fructidor an III (art. 10) et du 22 frimaire an VIII (art. 3) lui imposèrent, il est vrai, l'obligation de déclarer son intention de se fixer en France, mais non pas celle de manifester sa volonté de devenir Français, et cette déclaration, loin de survenir lors de l'acquisition de cette qualité, servait tout au contraire de point de départ au stage exigé de l'étranger [1].

Quant aux conditions auxquelles était subordonnée cette naturalisation de plein droit, elles varièrent beaucoup suivant les époques. L'étranger dut, d'après la loi des 30 avril-2 mai 1790, avoir cinq ans de domicile continu dans le royaume, et avoir en outre acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans une ville des lettres de bourgeoisie ; et il en fut de même sous l'empire de la constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. II, art. 3), sauf qu'elle assimila un établissement agricole à une exploitation commerciale et qu'elle ne parla plus des lettres de bourgeoisie. Quant à la prestation du serment civique, elle n'était, semble-t-il, exigée par ces deux premières lois que pour l'exercice des droits de citoyen [2]. La

[1] Cf. Aubry et Rau, I, § 71, p. 376 à 381, et notamment note 14 ; Huc, I, n. 233 ; Despagnet, n. 138 ; Weiss, I, p. 302 s. ; Surville et Arthuys, n. 51 ; Cogordan, p. 121 s. ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 62 s. — Pau, 23 juil. 1889, S., 90. 2. 183, D., 90. 2. 85, et note. — Cpr. Paris, 13 nov. 1841, S., 41. 2. 609, D., 42. 2. 8.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Naturalisation*, n. 5, et v° *Divorce*, sect. 4, § 10 ; Aubry et Rau, I, § 71, p. 377 et 378, n. 8 ; Cogordan, p. 122 ; Rouard de Card, p. 133 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 50 s. — Req. rej., 28 avril 1836, S., 36. 1. 749, D., 36. 1. 361. — *Contra :* Nîmes, 22 déc. 1825, S., 26. 2. 209, D., 26. 2. 100. — Montpellier, 22 juin 1826, S., 27. 2. 84, D., 27. 2. 94. — Cpr. Weiss, I, p. 302 ; Fœlix, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1845, II, p. 322.

constitution du 24 juin 1793 (art. 4) augmenta encore le nombre des circonstances qui entraînaient acquisition de la nationalité française et réduisit la durée du stage imposé à l'étranger à une année : il lui suffit désormais pour devenir Français, étant âgé de 21 ans, de vivre de son travail, ou d'acquérir une propriété, ou d'épouser une Française, ou d'adopter un enfant, ou de nourrir un vieillard.

Dans cette première période, on le voit, l'étranger n'a à faire aucune déclaration. Dans la seconde, il doit du moins affirmer son intention de demeurer en France, et c'est à compter de cette manifestation de volonté qu'il doit y résider sept années consécutives, d'après la constitution du 5 fructidor an III (art. 10), et dix ans d'après celle du 22 frimaire an VIII (art. 3). Mais, tandis que cette dernière se contentait de cette unique condition, l'étranger devait en outre, aux termes de la précédente, posséder une propriété foncière, un établissement d'agriculture ou de commerce, ou enfin s'être marié avec une Française [1].

442. Le code civil étant resté muet à l'endroit de la naturalisation, la disposition de l'art. 3 de la constitution de l'an VIII resta en vigueur jusqu'en 1848. Toutefois elle fut modifiée dans ses détails par des actes postérieurs qui transformèrent complètement ce mode d'acquisition de la nationalité. Ce fut d'abord un avis du conseil d'Etat des 18-20 prairial an XI, resté d'ailleurs en pratique dépourvu de toute force légale, parce qu'il n'avait pas été inséré au *Bulletin des Lois*, qui obligea l'étranger désireux de rendre sa résidence en France utile pour la naturalisation, à demander au gouvernement de l'admettre à domicile, conformément à l'art. 13 C. civ. Puis le décret du 17 mars 1809 réserva au chef de l'Etat le pouvoir discrétionnaire de délivrer des lettres de naturalisation, lorsque toutes les conditions légales seraient remplies. Le souverain retrouvait ainsi son ancienne prérogative, mais tempérée par l'obligation de se conformer lui-même à la loi. Encore fut-il investi par les sénatus-consultes

[1] Cf. sur tout le droit intermédiaire, Fuzier-Herman, art. 13, n. 45 s.

des 26 vendémiaire an XI et 19 février 1808 [1] du droit de conférer la nationalité française, après un an de domicile, aux étrangers qui auraient rendu à la France des services importants, qui y auraient apporté des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui y auraient formé de grands établissements. Ce fut la naturalisation privilégiée [2].

Ce régime ne fut jusqu'en 1848 modifié que sur un point : en vertu de l'ordonnance du 4 juin 1814, l'étranger naturalisé ne put être admis à siéger dans les Chambres législatives que tout autant que les lettres de naturalisation auraient été vérifiées par celles-ci. Ainsi fut institué ce qu'on appela la grande naturalisation [3].

443. A la suite de la Révolution de février, le ministre de la justice fut autorisé, à titre purement provisoire, par le décret du 28 mars 1848, à accorder la naturalisation aux étrangers qui justifieraient, par actes officiels ou authentiques, d'une résidence en France depuis cinq ans au moins et qui produiraient une attestation des autorités compétentes les déclarant dignes de cette faveur. Mais le 29 juin suivant le ministre suspendait de lui-même l'exercice du droit qui lui avait été conféré. Et peu après, la loi des 3-11 décembre 1849 vint reproduire les traits principaux de la législation antérieure : nécessité de l'admission à domicile, stage de dix ans ou d'un an, suivant qu'il s'agissait de naturalisation ordinaire ou de naturalisation privilégiée, décision du président de la République, après avis favorable du conseil d'Etat. Enfin le naturalisé ne pouvait être admis à siéger dans l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi [4].

444. La Constitution de 1852 et le décret du 25 janvier de la même année firent rentrer le chef de l'Etat dans la pléni-

[1] Ce droit, qui n'avait été conféré au gouvernement par le premier sénatus-consulte que pour une durée de cinq ans, lui fut reconnu par le second à titre définitif.

[2] Cf. Aubry et Rau, I, § 71, p. 381 à 383, n. 17-23; Demolombe, I, n. 158 et 159; Huc, I, n. 233; Despagnet, n. 138; Weiss, I, p. 306; Surville et Arthuys, n. 51; Cogordan, p. 125; Rouard de Card, p. 89 et 90.

[3] Beudant, I, n. 30; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Rouard de Card, p. 90 et 91.

[4] Aubry et Rau, I, § 71, p. 383 à 385, n. 24-29; Demolombe, I, n. 160 *bis* s.; Huc, I, n. 234; Despagnet, n. 138; Weiss, I, p. 307; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; Cogordan, p. 127; Rouard de Card, p. 91 et 92.

tude de son pouvoir d'appréciation. Puis, une fois de plus, la matière fut remaniée par la loi du 29 juin 1867. Celle-ci réduisit de dix à trois ans la durée du stage pour la naturalisation ordinaire, mais ne modifia que sur des points de détail les autres dispositions de la loi de 1849 (1). Le législateur de 1889, à son tour, a abrogé la loi de 1867, et, fidèle à l'idée maîtresse de son œuvre, il s'est surtout appliqué à rendre la naturalisation plus accessible et à en faire partager le bénéfice, autant qu'il se peut, par la famille du naturalisé. Il a d'ailleurs fait prendre place à toute cette théorie dans le code civil (art. 8-5°), d'où elle était restée exclue jusque-là.

Il faut étudier successivement les conditions et les effets de la naturalisation.

a. *Des conditions de la naturalisation.*

445. L'art. 8-5° C. civ. est ainsi conçu : sont Français « *Les » étrangers naturalisés. — Peuvent être naturalisés : — 1° les » étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer leur domicile en » France, conformément à l'art. 13 ci-dessous, après trois ans » de domicile en France, à dater de l'enregistrement de leur » demande au ministère de la justice ; — 2° les étrangers qui » peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant dix » années ; — est assimilé à la résidence en France le séjour en » pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le » Gouvernement français ; — 3° les étrangers admis à fixer leur » domicile en France, après un an, s'ils ont rendu des services » importants à la France, s'ils y ont apporté des talents distin- » gués ou s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inven- » tions utiles, ou s'ils ont créé soit des établissements industriels » ou autres, soit des exploitations agricoles, ou s'ils ont été » attachés, à un titre quelconque, au service militaire dans les » colonies ou les protectorats français ; — 4° l'étranger qui a » épousé une Française, aussi après une année de domicile au- » torisé. — Il est statué par décret sur la demande de natura- » lisation, après une enquête sur la moralité de l'étranger.* »

(1) Aubry et Rau, I, § 71, p. 385 et 386, n. 31 ; Despagnet, n. 138 ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; Rouard de Card, p. 93. — Des décrets de circonstance intervinrent à la date des 12-16 sept. 1870, 26-29 oct. et 19 nov. 1870.

Les conditions de la naturalisation se réfèrent à la capacité de l'étranger, au stage qui lui est imposé, à l'agrément du chef d'État.

446. Première condition : *De la capacité requise pour la naturalisation.* — L'étranger doit d'abord être majeur. Il est de principe en effet que le mineur ne peut changer de nationalité, ni par lui-même, ni avec le consentement de ses représentants légaux. Et la dérogation qui a été apportée à ce principe par l'art. 9 al. 10 et par l'art. 19 al. 2, ne saurait être étendue en dehors de leurs termes [1].

Mais d'après quelle loi serait déterminée la majorité de l'étranger, d'après sa loi personnelle ou d'après la loi française? Jusqu'à la loi de 1889 la question avait été explicitement résolue dans le dernier sens [2]. Mais le silence de celle-ci permet de revenir naturellement à la règle qui gouverne le statut personnel (art. 3, 3e al.) et de n'apprécier la majorité de l'étranger que d'après sa propre loi. C'est à celle-ci, en effet, qu'il appartient incontestablement de dire à quelle époque les ressortissants du pays qu'elle régit sont autorisés à rompre les liens d'allégeance. Aller à l'encontre de ses décisions, c'est exposer l'étranger naturalisé à avoir deux nationalités et à être considéré dans sa patrie originaire comme encore tenu envers elle des devoirs qu'elle impose à ses nationaux. Si ces principes certains de droit international ont été méconnus à diverses reprises par le législateur français, et voire même dans la loi récente (art. 9), rien n'autorise l'interprète à s'en écarter lorsque celle-ci est muette [3].

447. C'est également, et pour les mêmes raisons, d'après la loi étrangère qu'il faut apprécier les autres incapacités (incapacité de la femme mariée, de l'interdit, etc.), sauf, bien entendu, au gouvernement français à refuser la naturalisa-

[1] Aubry et Rau, I, § 72, p. 389, n. 3; Beudant, I, n. 29, note 1; Despagnet, n. 139; Weiss, I, p. 312; Surville et Arthuys, n. 62; Cogordan, p. 132; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 53.

[2] Art. 1 de la loi du 29 juin 1867.

[3] Beudant, *loc. cit.*; Despagnet, n. 139; Weiss, I, p. 310; Cogordan, p. 132; Rouard de Card, p. 100 et 101. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*; Huc, I, n. 237; Surville et Arthuys, n. 63; Campistron, n. 47; Vincent, p. 68; Le Sueur et Dreyfus, p. 72; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 48 s.

tion si cette loi ne lui paraît pas présenter des garanties suffisantes [1].

Enfin il suit des mêmes principes que la naturalisation doit être refusée à l'étranger qui n'aurait pas demandé à son gouvernement l'autorisation exigée par sa loi pour la validité de sa dénationalisation, ou à celui auquel cette autorisation aurait été refusée. Dans la pensée du gouvernement français, telle que l'a manifestée le Garde des sceaux devant la Commission sénatoriale chargée d'examiner la proposition Batbie, il semble, il est vrai, qu'il n'y ait là qu'une règle de conduite dont le chef de l'Etat ne doit pas autant que possible, mais peut cependant s'écarter. En effet, la disposition qui terminait l'art. 8 : « La naturalisation ne doit pas être accordée au demandeur qui, en devenant Français, conserverait sa nationalité d'origine d'après la loi de son pays », disparut de la rédaction définitive, sur l'affirmation du ministre qu'il y aurait danger à restreindre la liberté d'appréciation du chef de l'Etat, et sur sa promesse qu'en pratique on suivrait la règle contenue dans cette disposition. Mais ce retranchement, opéré dans ces conditions par le Sénat [2], ne saurait aller, à lui tout seul, à l'encontre des principes et a laissé la question entière [3].

448. La condition de capacité qui vient d'être étudiée est toujours requise en la personne même de l'individu qui sollicite la naturalisation ; mais elle ne l'est pas toujours, ainsi qu'on le verra, en ce qui concerne les personnes auxquelles peut être étendu le bénéfice de la naturalisation obtenue.

449. Deuxième condition : *Du stage requis pour la naturalisation.* — Avant sa naturalisation, l'étranger est soumis à un certain stage, dont la nature et la durée sont variables.

(1) Weiss, I, p. 313 ; Cogordan, p. 133 ; Rouard de Card, p. 101. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 64. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 391, n. 9 et 10 ; Campistron, n. 46. — Sur la question de savoir si la femme mariée étrangère qui veut se faire naturaliser française peut, à défaut d'autorisation maritale, s'adresser à la justice pour obtenir d'y être autorisée, cf. Surville, *Rev. crit.*, 1903, p. 129, et *J. Clunet*, 1902, p. 547. — Cpr. Trib. Seine, 12 mars 1902, *J. Clunet*, 1902, p. 621.

(2) *J. off.*, Sénat, *Déb. parl.*, 1887, p. 83.

(3) Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 393 et 394, n. 16 ; Weiss, I, p. 314.

Ce stage consiste, soit dans l'établissement et la conservation de son domicile en France avec autorisation du gouvernement pendant trois ans et exceptionnellement pendant une année, soit dans une résidence en France prolongée pendant dix ans. Il faut s'occuper successivement de ces deux sortes de stage.

450. 1° *Du stage avec admission à domicile* (1). — Dans ce premier cas, le séjour de l'étranger en France ne compte pour la naturalisation que tout autant qu'il a obtenu du gouvernement français l'autorisation d'y fixer son domicile, conformément à l'art. 13 du code civil.

Cette autorisation (2) doit être obtenue dans les formes déterminées par le décret du 13 août 1889 (art. 1er) et expliquées dans la note publiée au mois d'octobre suivant par la Direction des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice (3). La demande d'admission, rédigée sur papier timbré, est adressée au ministère de la justice, où elle est immédiatement enregistrée. Elle doit contenir l'engagement d'acquitter le montant des droits de sceau (175 fr. 25), à moins que le pétitionnaire ne sollicite l'exonération de ces droits, auquel cas il expose les titres qu'il a à cette faveur. A la demande doivent être joints : l'acte de naissance du postulant et celui de son père, avec la traduction de ces actes s'ils sont en langue étrangère, à leur défaut des actes de notoriété délivrés par le juge de paix dans les formes de l'art. 71 C. civ., et un extrait du casier judiciaire français. Après une enquête sur la moralité et les moyens d'existence du postulant, à laquelle il est procédé par les soins du préfet de police à Paris, et ailleurs du préfet du département, et sur la proposition du ministre de la justice, l'admission à

(1) Cf. L'Ebraly, *De l'admission à domicile et des droits qu'elle confère* thèse, Paris, 1898; Pignon, *De l'admission à domicile considérée comme condition préliminaire de la naturalisation, Rev. gén. de dr.*, 1880, IV, p. 119 et 240; Weiss, *J. Clunet*, 1899, p. 5 s.

(2) L'admission à domicile n'étant plus, depuis la loi de 1889, qu'un simple préliminaire de la naturalisation, il nous paraît logique d'en traiter ici immédiatement, en ne réservant pour l'explication de l'art. 13 que ce qui se rapporte à la situation de l'étranger autorisé à avoir son domicile en France.

(3) *Bull. offic. du Min. de l'Int.*, 1889, p. 382 s.

domicile est prononcée, s'il y a lieu, par un décret du chef de l'Etat, qui est inséré au *Bulletin des lois*. Elle doit donc être expresse et formelle [1].

451. Cette autorisation peut être obtenue, d'après nous, tant par un mineur que par tout autre incapable, pourvu qu'il puisse valablement, d'après son statut personnel, transférer son domicile en France, et que, s'il y a lieu, il soit autorisé par qui de droit. Cette proposition, qui ne saurait guère être contestée que pour le mineur, s'appuie sur les travaux préparatoires de la loi [2], et plus encore sur le silence caractéristique qu'elle garde, alors que d'après l'art. 1er de la loi de 1867 les majeurs pouvaient seuls être admis à domicile. Si le mineur ne peut pas obtenir sa naturalisation, on ne voit pas pourquoi il lui serait interdit de la préparer [3].

452. Mais cette autorisation doit, à raison même de son caractère actuel et puisqu'elle n'est plus qu'un simple préliminaire de la naturalisation, être refusée à tous ceux qui n'ont pas besoin du stage dont sa demande marque le point de départ, pour acquérir la qualité de Français, par exemple à ceux qui ont en France une résidence de dix ans ou qui peuvent invoquer un cas de bienfait de la loi. A quoi leur servirait-elle en effet, si ce n'est à leur permettre de jouir de tous les droits civils, alors qu'ils n'ont pas l'intention sérieuse de devenir Français [4]?

453. L'admission à domicile ne produit-elle que des effets individuels, ou s'étend-elle même aux membres de la famille

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 390, n. 6 et 7; Huc, I, n. 236 et 270; Weiss, I, p. 314; Despagnet, n. 44; Cogordan, p. 129; Campistron, n. 61; Rouard de Card, p. 96; Stemler, *J. Clunet*, 1888, p. 402. — Alger, 31 janv. 1868, sous Cass., S., 72. 1. 190, D., 73. 1. 76. — Lyon, 26 juin 1873, S., 73. 2. 197, D., 74. 2. 120. — Caen, 16 déc. 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 544. — On avait parfois décidé, sous l'empire de l'ancien art. 13, que l'admission à domicile pouvait n'être que tacite : Alger, 16 nov. 1874, *J. Clunet*, 1876, p. 263. — Trib. Seine, 27 fév. 1888, *Le Droit*, 11 avril.

[2] Exposé des motifs de M. Batbie, *J. off.*, Sénat, *doc. parl.*, 1882, p. 195.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 391, n. 8-10 ; Weiss, I, p. 320; Le Sueur et Dreyfus, p. 58; Bickart, *op. cit.*, p. 70; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 51. — *Contra :* Campistron, n. 63; Vincent, p. 64. — Cf. Despagnet, n. 139; Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 393.

[4] Campistron, n. 62.

de l'étranger autorisé qui, comme sa femme et ses enfants mineurs, sont placés sous sa puissance, lorsque du moins ils résident eux-mêmes en France? Cette question est encore discutée, comme elle l'était déjà dans le droit antérieur, quoiqu'on ait prétendu de part et d'autre qu'elle avait été résolue par la loi nouvelle, dont l'art. 13, al. 3, porte qu' « *en cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation* ». Or, tandis que les uns induisent de cette disposition que cette autorisation profite sous tous les rapports à tous les membres de la famille, même du vivant de son chef, puisqu'ils peuvent l'invoquer pour la naturalisation même après son décès, les autres en concluent en sens opposé qu'ils ne sont pas associés en principe à ses effets, puisque ce n'est que dans une situation particulière qu'ils sont admis à s'en prévaloir. Et, à vrai dire, cette dernière interprétation nous paraît au moins valoir l'autre, car on comprend très bien que, même dans le système des effets individuels de l'autorisation, la loi ait voulu tenir compte de l'espoir qu'avait la famille d'être comprise dans la naturalisation de son chef, lorsque sa mort venait le tromper.

Mais, en présence des divergences que soulève cette disposition, il nous paraît préférable d'en faire abstraction pour résoudre la difficulté posée. Or vainement, pour reconnaître des effets collectifs à l'admission à domicile, s'est-on fondé sur le N. art. 12, qui dispense la famille de tout stage pour l'obtention de la naturalisation. Car c'est justement parce que cette condition de stage n'est pas exigée d'elle personnellement, que l'admission ne saurait lui profiter, puisqu'elle a pour objet de le faire courir en même temps que de le favoriser. Aussi inutilement remarque-t-on dans le même sens que le domicile de la femme mariée et des enfants mineurs est lié à celui du mari ou du père, car, de ce que toute la famille doive en principe avoir le même, il ne s'ensuit pas que la jouissance des droits civils qui y est attachée, lorsqu'il est autorisé, doive profiter nécessairement à tous ses membres. Il reste que le propre de toute concession est d'être personnelle à celui qui

l'obtient, et, en l'absence de toute dérogation certaine à ce principe, il convient ici de s'y tenir [1].

454. Il résulte de l'art. 13, 3e al., qu'après le décès du chef de famille sa femme et ses enfants mineurs peuvent invoquer, à l'appui de leur demande de naturalisation, le temps de domicile autorisé écoulé jusqu'à ce décès. Mais, si la durée de ce stage leur est acquise, et si l'autorisation continue ainsi à produire ses effets au profit de la famille de celui qui l'a obtenue, ce n'est pas à dire que ces effets puissent se prolonger indéfiniment : ils cessent, conformément à la règle de l'art. 13, 2e al., cinq ans après qu'elle a été donnée. Et par suite la naturalisation doit pouvoir être obtenue auparavant : sinon l'autorisation accordée au chef de famille deviendrait inutile. Ses enfants, mineurs lors de sa mort, ne sont donc admis à s'en prévaloir personnellement que s'ils doivent devenir majeurs avant qu'elle ne soit périmée [2].

Il semble aussi que ces effets cesseraient de se produire, en ce qui concerne la femme, par le fait d'un divorce ou d'une séparation de corps, puisqu'elle n'aurait plus désormais le même domicile que son mari [3].

455. Toujours révocable par décret rendu en conseil d'Etat (loi du 3 décembre 1849, art. 3) [4], l'avis de ce Conseil n'étant en aucun cas d'ailleurs obligatoire pour le gouvernement [5], l'autorisation est de plein droit périmée au bout de cinq ans. Ces cinq ans sont ceux qui suivent, d'après nous, le décret d'autorisation, et non l'enregistrement de la demande au

[1] Demolombe, I, n. 269; Laurent, I, n. 457; Huc, I, n. 269; Beudant, I, n. 92; Rouard de Card, p. 97, note 7; Weiss, I, p. 321; Vincent, p. 66; Chausse, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 391. — Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77. 2. 109, D., 78. 2. 79. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 72, p. 391, n. 11, et § 79, p. 527, n. 20; Demante, 2e éd., I, n. 28 *bis*-III; Despagnet, n. 45; Surville et Arthuys, n. 128; Le Sueur et Dreyfus, p. 62; Féraud-Giraud, *J. Clunet,* 1880, p. 162 et 1885, p. 247; Stemler, *J. Clunet,* 1890, p. 394. — Bordeaux, 14 juill. 1845, S., 46. 2. 394, D., 46. 2. 163. — Paris, 2 août 1889, *Le Droit,* 20 oct. — Paris, 13 août 1889, sous Cass., S., 92. 1. 521, D., 90. 2. 161. — Cpr. Colmet de Santerre, I, n. 44 *bis*-B.

[2] Campistron, n. 67.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 392, n. 12 ; Despagnet, n. 44 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 62.

[4] Campistron, n. 56 ; Rouard de Card, p. 98.

[5] Aubry et Rau, I, § 72, p. 392, note 13, et § 79, p. 525, n. 7.

ministère de la justice. Il est bien vrai que cet enregistrement est le point de départ du stage de l'étranger ; mais cette règle, édictée en sa faveur, ne doit pas être retournée contre lui et étendue à la péremption de l'autorisation. Comment, au reste, le délai de la péremption pourrait-il commencer à courir avant que l'autorisation n'eût été accordée [1] ?

D'après le code civil, l'étranger conservait indéfiniment le bénéfice de cette autorisation, à la seule condition de continuer à résider en France. Le législateur de 1889, transformant l'admission à domicile [2], en a fait exclusivement un préliminaire de la naturalisation et une sorte de *tempus deliberandi*, à l'expiration duquel l'étranger qui veut conserver sa nationalité ou qui la conserve par force, parce que sa demande de naturalisation est repoussée, doit renoncer à la jouissance des droits civils qu'elle lui conférait jusque-là. De là le N. art. 13, 2e al. : « *L'effet de l'autorisation cessera à » l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la » naturalisation, ou si sa demande est rejetée.* » Il va de soi qu'en cas de rejet les effets de l'autorisation cessent aussitôt [3].

Cet article a été complété par une disposition transitoire, qui termine la loi de 1889 et est ainsi conçue : « *Toute admission » à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera » périmée si, dans un délai de cinq années à compter de la » promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en » naturalisation, ou si la demande en naturalisation a été » rejetée* » [4].

456. Au reste le fait d'avoir obtenu une première autorisation dont les effets auraient cessé par une cause quelconque, ne s'opposerait pas par lui-même à l'obtention d'une seconde autorisation, et ainsi de suite. Mais il est entendu que la première ne pourrait plus servir à la naturalisation [5].

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 393, n. 14. — *Contra :* Campistron, n. 55.

(2) Sur cette transformation, cf. Rouard de Card, p. 98 s. ; Weiss, *J. Clunet*, 1899, p. 5 s.

(3) Avis du conseil d'Etat du 28 mars 1893 ; Campistron, n. 57. — *Contra :* Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Cf. Weiss, I, p. 322 ; A. Pignon, *op. cit.*

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 393, et § 79, p. 525, n. 8 *bis ;* Colmet de Santerre, I, n. 44 *bis*-A ; Campistron, n. 60.

457. Quelle est maintenant la durée du stage imposé à l'étranger admis à domicile ? Déjà réduite de dix à trois ans par la loi de 1867, elle est restée la même dans la loi de 1889. Bien plus, elle est abaissée à un an en faveur de ceux qui se sont créé des titres à la reconnaissance du pays, soit en le faisant profiter, sous une des formes spécifiées par l'art. 8, § 5-3°, de leurs talents, de leur génie inventif ou de leur activité économique, quelle qu'ait été l'importance de leur exploitation, soit en servant, ce qui est de droit nouveau, à un titre quelconque, sous nos drapeaux dans les colonies ou dans les protectorats français.

458. Cette durée est également réduite à un an en faveur de ceux qui ont épousé une Française. En ce cas il suffit, mais il faut que l'étranger ait épousé une femme qui était Française lors de la célébration du mariage. Peu importe donc que son mariage même lui ait fait perdre cette qualité. Peu importe également qu'il ait précédé ou suivi l'admission à domicile [1]. Mais notre disposition deviendrait inapplicable, d'après le texte même de la loi, si la femme ne devenait Française qu'après son mariage : l'étranger aurait alors « épousé » une étrangère. Et c'est peut-être justement parce que la femme est supposée Française d'origine, que le décret de 1889 (art. 3) exige la production de son acte de naissance, et, s'il y a lieu, de celui de son père [2].

459. Au surplus on s'accorde à décider que, comme sous l'empire de la loi de 1867, il faut compter dans le stage de l'étranger déjà admis à domicile le séjour qu'il ferait en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français. A la vérité, la loi nouvelle n'assimile expressément ce séjour qu'à la simple résidence en France, et pas à l'établissement du domicile (art. 8, § 5-2°). Mais il n'y aurait évidemment aucune bonne raison pour distinguer [3].

460. Le stage court, comme sous la loi de 1867 (art. 1er,

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 395, n. 21 ; Campistron, n. 65. — Cf. Rouard de Card, p. 115, note 3.

[2] Despagnet, n. 139. — *Contra :* Campistron, n. 65.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 390, n. 5 ; Huc, I, n. 235 ; Weiss, I, p. 334 ; Cogordan, p. 131.

al. 2, et contrairement à la législation de 1849, du jour de l'enregistrement de la demande d'autorisation au ministère de la justice, et non pas seulement du jour où l'admission est prononcée.

461. Il convient enfin de noter que, par dérogation à toutes les règles relatives à la durée du stage, le décret du 26 octobre 1870, complété par celui du 19 novembre suivant, avait autorisé la naturalisation, aussitôt après leur admission à domicile, des étrangers qui ont pris part à la guerre contre l'Allemagne pour la défense de la France. Mais l'effet de ce décret devait cesser à l'expiration des deux mois qui suivraient la fin de la guerre (1).

462. 2° *Du stage avec simple résidence.* — Au stage dont il vient d'être parlé la loi de 1889 a assimilé de tous points une simple résidence en France, non interrompue (2), pendant dix années. Cette résidence peut même être remplacée par un séjour de même durée à l'étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français, comme celle d'agent consulaire (3).

Il est sans difficulté que l'étranger peut compter dans la durée de sa résidence en France le temps qu'il y a passé étant mineur, sauf, bien entendu, à n'obtenir la naturalisation qu'après sa majorité (4).

D'autre part, cette résidence serait de nature à profiter même à celui qui aurait été déchu du bénéfice de l'admission à domicile par le fait de la péremption ou du rejet d'une demande de naturalisation. La péremption ne peut faire perdre que le bénéfice auquel elle s'applique, et le rejet d'une demande n'apporte aucun obstacle à la formation d'une demande nouvelle (5).

463. Troisième condition : *De l'agrément du chef de l'Etat.* — La naturalisation ne résulte pas de plein droit de l'accom-

(1) Weiss, I, p. 333; Cogordan, p. 130; Despagnet, n. 138.

(2) Cf. sur l'interruption de la résidence, O. Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 402.

(3) Cf. Campistron, n. 50; Rouard de Card, p. 116 et 117.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 396, n. 24; Despagnet, n. 139; Weiss, I, p. 329; Campistron, n. 51.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 396, n. 26; Cohendy, *Le Droit*, 2 et 3 nov. 1889.

plissement des conditions qui viennent d'être indiquées : elle doit être demandée par l'étranger qui y aspire, ce qui implique la possibilité d'un refus.

D'après le décret du 13 août 1889 (art. 2 à 4), dont les dispositions ont été expliquées par la note de la Direction des affaires civiles et du sceau du mois d'octobre suivant, l'étranger doit adresser au ministre de la justice une demande sur papier timbré, en double exemplaire, en y joignant son acte de naissance, un extrait du casier judiciaire français, et, le cas échéant, son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ses actes s'ils sont en langue étrangère. Ces actes de l'état civil, s'ils ne peuvent être produits, sont suppléés par un acte de notoriété délivré par le juge de paix conformément à l'art. 71 C. civ. Le postulant qui veut obtenir la naturalisation après un an de domicile autorisé, comme ayant épousé une Française, doit produire en outre l'acte de naissance de sa femme, et celui du père de celle-ci si cet acte est nécessaire pour établir son origine française. S'il ne sollicite la naturalisation qu'en vertu d'une résidence de dix ans, il doit produire tous documents de nature à établir qu'il réside en France actuellement et depuis dix ans au moins, tels que pièces officielles ou ayant date certaine : baux, quittances de loyers, patentes, certificats de patrons ou de propriétaires dûment légalisés.

La requête contient enfin l'engagement de payer un droit de sceau de 175 fr. 25, qui, lorsqu'il s'ajoute au droit de pareille somme versé pour l'admission à domicile, porte à 350 fr. 50 le montant des frais que la naturalisation occasionne. La proposition qui avait été faite de supprimer ce droit pour favoriser celle-ci a été repoussée par la Chambre des députés, par cette considération que le gouvernement jouit du droit de faire des remises totales ou partielles à ceux que leur situation de fortune recommande à cette faveur, et qu'en fait il a toujours usé très largement de ce droit [1].

Après une enquête sur la moralité et la situation du postulant, à laquelle il est procédé par les soins du ministre de la

[1] Cf. Rouard de Card, p. 103-105.

justice, et sur le rapport de celui-ci, le président de la République statue par un décret sur la demande de naturalisation. Il n'est plus nécessaire que ce décret soit précédé d'un avis favorable du conseil d'État comme sous l'empire de la loi de 1849, ni même que le conseil soit entendu, ainsi que le prescrivait la loi de 1867 (1). On a jugé, non sans raison, que l'avis émis par cette assemblée ne constituerait qu'une formalité superflue et une cause de lenteurs (2).

464. Le décret qui accorde la naturalisation doit être notifié à l'intéressé et inséré au *Bulletin des lois*. On décide généralement qu'une naturalisation serait, en l'absence de cette insertion, à considérer comme non avenue. Le décret doit être, dit-on, soumis aux règles ordinaires de la publication des actes du pouvoir législatif ou réglementaire. Il est vrai que les actes de l'exécutif qui ne statuent que sur des intérêts particuliers deviennent obligatoires par leur seule notification à l'intéressé; mais on estime que la naturalisation intéresse la société française tout entière, en y faisant entrer un membre nouveau (3).

465. Certains auteurs affirment que l'acte qui confère la naturalisation est irrévocable, en ce sens, non seulement, ce

(1) Aubry et Rau, I, § 72, p. 394, n. 17; Despagnet, n. 139; Campistron, n. 72; Rouard de Card, p. 102. — Un décret du 12 septembre 1870, qui s'explique par les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il fut rendu, conféra d'ailleurs provisoirement au ministre de la justice le droit de statuer sur les demandes de naturalisation, sans prendre l'avis du conseil d'État.

(2) Huc, I, n. 236; Despagnet, n. 138 et 139; Cogordan, p. 131; Weiss, I, p. 337.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 394, n. 18; Huc, I, n. 236; Despagnet, n. 139; Weiss, I, p. 339; Surville et Arthuys, p. 87, note 2; Cogordan, p. 131; Campistron, n. 72; Rouard de Card, p. 105. — Civ. cass., 16 juill. 1894, S., 94. 1. 457, rapp. de M. Crépon et note, D., 95. 1. 169. — Orléans, 30 mai 1895, S., 95. 2. 232, D., 96. 1. 194. — Paris, 19 fév. 1877, D., 77. 2. 68. Cet arrêt décide que l'insertion ne peut plus avoir lieu, et par conséquent la naturalisation, après le décès du postulant. M. Campistron (n. 143) pense toutefois qu'elle serait encore possible, malgré ce décès, si l'étranger avait une femme ou des enfants, sans quoi ils seraient privés des facilités que leur offrait la naturalisation de leur mari ou de leur père pour l'acquisition de la qualité de Français. Cette opinion nous paraît très douteuse : s'il est vrai que la naturalisation du chef de famille ne peut plus intervenir, il doit en être de même des autres naturalisations qui n'en sont que la conséquence ou qu'elle rend seule possibles. — Cpr. Paris, 19 fév. 1887, *J. Clunet*, 1903, p. 380. — Lyon, 23 fév. 1887, D., 88. 2. 33. — Paris, 12 mai 1893, sous Cass., S., 94. 1. 457, D., 94. 2. 324.

qui est certain, que le bénéfice n'en saurait être retiré par le gouvernement, mais encore que la validité n'en peut être contestée par personne et faire l'objet d'un débat judiciaire, sous quelque rapport et devant quelque juridiction que ce soit [1]. Mais cette dernière proposition ne nous paraît nullement fondée. Vainement dit-on, pour la justifier, que la naturalisation est un acte de souveraineté, qui ne saurait être, comme tel, critiqué par un tribunal sans qu'il fût porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Mais cet argument prouve trop, puisqu'on s'accorde à reconnaître à l'autorité judiciaire le droit de statuer même sur la légalité d'un règlement : or il serait singulier qu'elle pût dénier toute force obligatoire à un décret inconstitutionnel, et qu'elle fût obligée de considérer comme valable une naturalisation conférée en dehors des prescriptions légales. D'ailleurs il ne suffit pas de dire vaguement que cette naturalisation est un acte de souveraineté : les « actes de gouvernement » proprement dits échappent seuls au contrôle des juges, et il ne semble pas qu'on puisse la faire rentrer dans cette catégorie. Dès lors la décision du chef de l'Etat qui la confère peut être attaquée, soit pour vice de forme [2], soit pour défaut d'une condition de fond, devant le juge [3].

Mais devant lequel? On peut hésiter à répondre. D'une part il s'agit d'un acte administratif, dont la connaissance paraîtrait devoir revenir comme tel à la juridiction administrative, de telle sorte que le juge civil, saisi d'une question dont la solution est liée au sort de la naturalisation, dût surseoir à statuer jusqu'à ce qu'eût été tranchée la question préjudicielle. D'autre part, il est de principe que les tribunaux civils

[1] Campistron, n. 73; de Folleville, *op. cit.*, n. 423 s., et *De la natur. en pays étr. des femmes séparées de corps en France :* Le Sueur et Dreyfus, p. 96; Bickart, *op. cit.*, p. 71. — Alger, 2 déc. 1893, S., 95. 2. 89, note de M. Meynial, D., 95. 2. 146 et note. — Cf. Paris, 17 juill. 1876, S., 76. 2. 249, D., 78. 2. 1. — Bruxelles, 5 août 1880, S., 81. 4. 1, D., 82. 2. 81. — Rouen, 6 avril 1887, sous Cass., S., 90. 1. 145, D., 89. 2. 17. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 404, n. 51. — Alger, 19 fév. 1896, et Trib. Seine, 18 juin 1896, D., 1901. 2. 77. — Alger, 13 déc. 1897, D., 1901. 2. 77.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 404, n. 51.

[3] Laferrière, *Traité de la juridict. administ.*, 2e éd., Paris, 1896, I, p. 516 et 517.

sont seuls compétents en matière de questions d'état; l'importance de ces dernières est telle que la loi défend à la juridiction administrative d'en connaître [1]. C'est ce dernier principe qui doit ici, selon nous, l'emporter; le juge civil ne statuerait évidemment pas lui-même sur la question d'état, s'il devait attendre du juge administratif une décision à laquelle la sienne serait en pareil cas étroitement subordonnée. A vrai dire, la question de fond et la question préjudicielle se confondent, de telle sorte que le juge de la première est également seul compétent pour la seconde. Nous pensons donc que la juridiction civile peut seule prononcer sur la régularité d'une naturalisation, et que celle-ci n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours au conseil d'Etat pour excès de pouvoir [2].

466. Si la demande de naturalisation est rejetée, elle l'est par un décret. Ainsi est fixée la date précise à laquelle cessent les effets de l'admission à domicile [3].

467. Telles sont les conditions de la naturalisation : rien ne saurait les suppléer. Ni le séjour en France d'un étranger, quelque prolongé qu'on le suppose, ni le fait par lui d'avoir été admis à exercer en France des droits attachés à la qualité de Français, n'auraient par eux-mêmes pour effet de lui conférer cette qualité [4].

b. *Des effets de la naturalisation.*

468. Il faut déterminer ces effets au regard du naturalisé lui-même et au regard de sa famille.

I. Le naturalisé est placé pour l'avenir dans la situation d'un Français d'origine. Il lui est assimilé de tous points pour la

[1] Cf. notamment : loi du 19 mai 1834, art. 1er-2e, et Ord. du 9 septembre 1837, art. 1er ; loi du 31 juillet 1875, art. 16 ; loi du 5 avril 1884, art. 39 ; loi du 15 juillet 1889, art. 31 ; loi du 21 mars 1905, art. 28.

[2] Laferrière, *loc. cit.* — *Contra :* Brémond, *Tr. de la compétence admin.*, n. 889 s.

[3] Campistron, n. 72 ; Despagnet, n. 139.

[4] Aubry et Rau, I, § 71, p. 380, n. 13 ; Demolombe, I, n. 171 ; Marcadé, I, art. 17-III, n. 155 ; Laurent, I, n. 372 ; Cogordan, p. 134 ; Weiss, I, p. 339, note 1 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 77 s. — Civ. cass., 26 janv. 1835, S., 35. 1. 109, D., 35. 1. 121. — Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77. 2. 109, D., 78. 2. 79. — Nancy, 16 juin 1877, S., 78. 2. 15, D., 78. 2. 109. — Cpr. cep. Proudhon, *Etat des personnes*, I, p. 190 s.

jouissance des droits civils [1], qui du reste lui appartenait déjà, mais à titre précaire, s'il avait été admis à domicile.

469. Il lui est pareillement assimilé pour la jouissance des droits politiques, à une restriction près [2]. Elle ressort de l'art. 3, 1er al., de la loi de 1889 : « *L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français. Néanmoins, il n'est éligible aux assemblées législatives que 10 ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année.* » Ainsi le naturalisé, qui devient immédiatement électeur et même en principe éligible [3], ne peut être élu au sénat ou à la chambre des députés qu'après l'expiration d'un délai de dix ans, qui court du jour du décret de naturalisation, et qui peut être abrégé de neuf années par une loi rendue pour chaque cas particulier. On a pensé qu'avant d'appeler le naturalisé à une participation aussi active à la direction des affaires publiques, il convenait de le soumettre à une sorte de temps d'épreuve, pendant lequel son attachement à sa nouvelle patrie pousserait de plus profondes racines, tandis que sa rupture avec son pays d'origine se consommerait plus complètement.

Cette idée n'est pas nouvelle dans notre droit. Déjà le décret du 5 nivôse an III avait refusé à tout individu né à l'étranger le titre de représentant du peuple. Puis l'ordonnance royale du 4 juin 1814 avait à son tour décidé qu'un étranger ne pourrait siéger à la chambre des pairs ou à la chambre des députés qu'après avoir obtenu du roi, à raison des services rendus à l'Etat, des lettres de naturalisation vérifiées par les deux chambres. Cette « grande naturalisation » se trouva virtuellement abrogée par le décret du 5 mars 1848 (art. 6 et 7) et la constitution du 4 novembre 1848 (art. 25 et 26), qui ne faisaient pas de différence, au point de vue de l'éligibilité, entre le

(1) Alger, 19 fév. 1896, Trib. Seine, 18 juin 1896, et Alger, 13 déc. 1897, D., 1901. 2. 77.

(2) Une seconde restriction résultait encore de l'art. 16 de la loi du 18 germinal an X, d'après laquelle nul ne pouvait être élevé à la dignité épiscopale s'il n'était Français de naissance. Campistron, n. 128; Despagnet, n. 140.

(3) Aubry et Rau, I, § 73 *ter*, p. 429, n. 1; Vincent, p. 110.

naturalisé et le Français d'origine. Mais elle reparut avec la loi du 3 décembre 1849 (art. 1er), d'après laquelle le naturalisé ne pouvait devenir éligible qu'en vertu d'une loi. Cette disposition fut elle-même tacitement abrogée — et considérée comme telle en pratique — par l'art. 20 de la constitution du 14 janvier 1852 et le décret du 2 février 1852 (art. 12 et 26), qui ne comportaient, quant au droit de siéger au sénat ou au corps législatif, aucune distinction entre les deux catégories de Français; aussi la loi du 29 juin 1867 n'en fit-elle aucune. La disposition de l'art. 3 de la loi de 1889 n'est donc qu'un retour à l'ancien système, mais qui en diffère en ce qu'une loi n'est nécessaire que pour avancer l'époque à laquelle le naturalisé peut siéger au Parlement (1).

Elle est d'ailleurs certainement inapplicable à ceux qui avaient déjà obtenu leur naturalisation avant que la loi de 1889 ne fût devenue obligatoire (2).

470. Jouissant, sous la réserve qui vient d'être indiquée, de tous les droits d'un Français d'origine, le naturalisé est naturellement soumis aux mêmes charges. C'est ainsi que, d'après la loi militaire du 21 mars 1905, il doit être porté sur les tableaux de recensement de la première classe formée après son changement de nationalité; mais, par une innovation de cette loi qu'on a déjà vue, il est soumis aux mêmes obligations de service que ceux qui deviennent Français par déclaration (3).

471. Tous ces effets, avons-nous dit, ne se produisent que pour l'avenir. Il est incontestable que la naturalisation opère sans rétroactivité. Quels pourraient être le fondement

(1) Aubry et Rau, I, § 71, p. 383, p. 385, n. 29, et p. 386, n. 31; Demolombe, I, n. 160 *quater;* Valette, *Explic. somm.*, p. 35, note 2; Huc, I, n. 254 et 255; Beudant, I, n. 30; de Folleville, n. 593 et 594; Despagnet, n. 138 et 140; Weiss, I, p. 341; Surville et Arthuys, n. 60; Cogordan, p. 142; Campistron, p. 93, note 1; Rouard de Card, p. 106 s.; Fuzier-Herman, art. 13, n. 90; O. Stemler, *J. Clunet*, 1890, p. 400. — Cpr. Demante, 2e édit., II, n. 320 *bis*, III; Beudant, *Rev. crit.*, 1855, VII, p. 113 s.; 1856, IX, p. 57 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Despagnet, n. 140; Rouard de Card, p. 125; Campistron, n. 235; Durier, *J. Clunet*, 1890, p. 94. C'est par application de cette doctrine qu'a été validée en 1889, par la chambre des députés, l'élection du général Mac-Adaras, qui s'était fait naturaliser en 1888.

(3) Cf. *supra*, n. 398 *bis*.

juridique et la raison d'être de celle-ci? Est-ce que la naturalisation consolide en la personne de l'étranger une qualité qu'on pouvait jusqu'à un certain point considérer comme existant en lui à l'état latent? Evidemment non. Y a-t-il, d'autre part, quelque avantage pratique à traiter le naturalisé comme un Français de naissance? Pas davantage. Le changement de nationalité que la naturalisation consomme doit donc respecter le passé. Français à compter du jour de l'insertion du décret au *Bulletin des lois,* d'après l'opinion générale, le naturalisé a eu jusque-là la qualité d'étranger (1).

472. Dès lors c'est d'après la loi étrangère que doivent être appréciés, soit quant à leur validité, soit parfois quant à leurs conséquences, les actes, en prenant ce mot dans le sens le plus large, accomplis par l'étranger avant sa naturalisation ; et il n'y aurait lieu d'écarter les dispositions de cette loi que dans le cas où elles seraient contraires à la notion française de l'ordre public international. Par application de ce principe, certains Etats ont une tendance à accorder aux puissances étrangères l'extradition de leurs propres nationaux, contrairement à la règle générale qu'ils s'imposent, lorsque l'infraction a été commise par eux à l'étranger avant qu'ils n'eussent obtenu la naturalisation qui en a fait des ressortissants de ces Etats (2).

473. II. Les effets de la naturalisation sont individuels : personnels à celui qui l'a obtenue, ils ne s'étendent pas aux membres de sa famille non compris dans le décret de naturalisation. S'il est extrêmement désirable que toute la famille soit sous l'allégeance d'un même Etat, ce qui simplifie le règlement des rapports juridiques existant entre ses mem-

(1) Aubry et Rau, I, § 73 *ter*, p. 430, n. 2 ; Demolombe, I, n. 173; Huc, I, n. 256; Despagnet, n. 140; Weiss, I, p. 348: Cogordan, p. 145; Rouard de Card, p. 109; Le Sueur et Dreyfus, p. 96; Vincent, p. 112; Fuzier-Herman, art. 13, n. 104 s.; Audinet, *J. Clunet,* 1889, p. 202. — Montpellier, 19 fév. 1900 (sol. impl.), D., 1901. 2. 25, note de M. Valéry. — Cpr. Trib. Seine, 18 juin 1896, et Alger, 13 déc. 1897, D., 1901. 2. 77.

(2) Cf. le traité franco-anglais d'extradition du 14 août 1876. — Weiss, I, p. 349 ; Cogordan, p. 145; Rouard de Card, p. 140; Labbé, note sous Cass., 19 juill. 1875, S., 76. 1. 289. — Aix, 21 mars 1882, S., 85. 2. 117, D., 83. 2. 22.

bres [1], il est impossible, sans une forte exagération de la puissance paternelle et de l'autorité maritale, de reconnaître à son chef la faculté de disposer comme il l'entend de la nationalité de ceux-ci. La naturalisation implique une manifestation de volonté, qui ne peut émaner que de l'intéressé personnellement. Elle constitue, d'autre part, une concession des pouvoirs publics, soumise à des conditions rigoureuses, et dont ne sauraient profiter ceux qui ne l'ont pas eux-mêmes sollicitée et obtenue. A ces deux titres elle ne peut avoir d'effets collectifs.

474. Antérieurement à 1889, et dans le silence de la loi, ces principes, admis par tous en ce qui concerne les enfants de l'étranger majeurs au moment où la naturalisation s'opérait [2], l'étaient aussi très généralement en ce qui touche la femme du naturalisé [3] et ses enfants mineurs déjà nés à la même époque [4]. Objectait-on que l'enfant suit la condition de son père? On répondait que cette maxime signifie seulement que l'état de l'enfant est, à sa naissance, déterminé par celui de son auteur. Opposait-on les art. 12 et 19 C. civ., d'après lesquels la femme suit la condition de son mari? On remarquait que ces dispositions ne devaient s'entendre que

[1] Cf. Robinet de Cléry, *Des complications que la diversité des nationalités produit dans les familles*, *Rev. prat.*, 1880, XLVII, p. 443.

[2] Surville et Arthuys, n. 72.

[3] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 71, p. 255, n. 31, et p. 257, n. 36; Demolombe, I, n. 175; Demante, 2e éd., I, n. 21 *bis;* Duranton, I, n. 189; Valette sur Proudhon, I, p. 126, note *d;* Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 159 s.; de Folleville, n. 553 s.; Despagnet, n. 140; Surville et Arthuys, n. 80; Cogordan, p. 167; Weiss, I, p. 354; Colmet-Daage, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, I, p. 401; Blondeau, *eod. loc.*, 1845, II, p. 141; Labbé, *J. Clunet*, 1875, p. 416; Fuzier-Herman, art. 13, n. 89. — Req. rej., 16 déc. 1845, S., 46. 1. 100, note de M. Devilleneuve, D., 46. 1. 7. — Douai, 3 août 1858, S., 58. 2. 5, note de M. Le Gentil, D., 58. 2. 218. — Toulouse, 27 juil. 1874, S., 76. 2. 149, D., 76. 1. 5. — Civ. rej., 19 juil. 1875, S., 76. 1. 289, note de M. Labbé, D., 76. 1. 5 et note. — Aix, 21 mars 1882, S., 85. 2. 117, D., 83. 2. 22. — *Contra :* Proudhon, I, p. 452; Alauzet, *op. cit.*, p. 170; Fœlix, *Rev. étr. et fr. de lég.*, 1843, X, p. 446; Varambon, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 50 s., 65 s., 130 s.

[4] Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 256, n. 32-35; Demolombe, I, n. 175; Duranton, I, n. 120; Laurent, I, n. 352; Huc, I, n. 266; de Folleville, n. 547 s.; Despagnet, n. 140; Surville et Arthuys, n. 78; Cogordan, p. 166; Weiss, I, p. 354; Fuzier-Herman, art. 13, n. 85 s. — Grenoble, 16 déc. 1828, S., 29. 2. 23, D., 29. 2. 73. — *Contra :* Fœlix, *loc. cit.*, p. 462 s.; Duvergier, S., 32. 2. 642.

de la condition du mari lors du mariage, car, s'il est raisonnable de présumer qu'une femme accepte la nationalité de son époux à cette époque, il le serait fort peu de supposer qu'elle consent à l'avance à changer de nationalité toutes les fois qu'il plaît à son mari d'en changer.

475. Tel était l'état de la doctrine lorsque la loi du 7 février 1851 (art. 2) vint permettre aux enfants de l'étranger naturalisé nés avant la naturalisation de se prévaloir de l'art. 9, pour réclamer la qualité de Français, dans l'année de leur majorité ou dans l'année qui suivrait la naturalisation, suivant qu'ils seraient mineurs ou majeurs à l'époque où elle surviendrait [1]. Cette faveur fut complétée par la loi du 14 février 1882, qui autorisa les enfants mineurs à contracter un engagement volontaire ou conditionnel dans l'armée et à entrer dans les écoles du Gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en faisant, avec le consentement exprès et spécial de leur père, à défaut du père, de la mère, et à défaut des père et mère avec le consentement de la famille, une déclaration d'option pour la nationalité française, qui ne devait être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils étaient favorables [2].

476. Le législateur de 1889 est allé plus loin sous certains rapports, et s'est efforcé de concilier les principes avec le double désir d'assurer l'unité de nationalité au sein de la famille et d'augmenter le nombre des ressortissants de la France. Aux enfants mineurs déjà nés du naturalisé, il a conféré la qualité de Français avec faculté de répudiation; à ses enfants majeurs et à sa femme, il a laissé la qualité d'étrangers, tout en leur ouvrant une double voie pour se placer sous notre allégeance. On verra cependant qu'il est moins facile qu'autrefois aux enfants majeurs du naturalisé de se rattacher par leur propre volonté à la nouvelle nationalité de leur père.

L'art. 12, al. 2 et 3 C. civ. est ainsi conçu : « *La femme mariée à un étranger qui se fait naturaliser Français et les*

[1] Cf. Fuzier-Herman, art. 9, n. 31 et 32.

[2] Huc, I, n. 266; Despagnet, 2e édit., n. 191 et 192; Weiss, I, p. 355; Cogordan, p. 166.

enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari, ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9. — Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8 paragraphe 4. »

477. Les effets de la naturalisation quant à la famille du naturalisé sont contenus dans les propositions suivantes.

1° Les enfants du naturalisé nés après la naturalisation sont Français *jure sanguinis* (1).

478. 2° Ses enfants mineurs déjà nés ont aussi la qualité de Français. Mais il leur est permis de la répudier en se conformant aux dispositions de l'art. 8-4°, dans l'année de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, qui régit, provisoirement au moins, leur statut personnel. La loi les assimile donc aux enfants qui, nés en France d'un étranger qui n'y est pas né lui-même, sont domiciliés dans notre pays lors de leur majorité.

Cette proposition est applicable, le texte ne comportant aucune distinction, aussi bien aux mineurs émancipés qu'à ceux qui ne le sont pas (2), et aux enfants naturels comme aux enfants légitimes (3).

479. On remarquera au surplus que l'enfant est ainsi associé au changement de nationalité, non seulement de son père pendant le mariage ou après sa dissolution par la mort de la femme ou le divorce, mais encore, si le père est décédé, de sa mère survivante (4).

Mais malgré la généralité du texte, d'ailleurs mal rédigé

(1) Aubry et Rau, I, § 73, p. 405, n. 3.

(2) Campistron, n. 136.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 405, n. 5, et p. 408, n. 15. — Cpr. Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. de Boeck.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 405, n. 6; Huc, I, n. 266; Beudant, I, n. 30; Despagnet, n. 140-3° *a*, p. 286; Weiss, I, p. 361; Cogordan, p. 167; Campistron, n. 137.

en tant qu'il semblerait exiger que le mariage fût dissous et la naturalisation accordée au « survivant », il est permis de soutenir que l'enfant naturel ne participerait à la naturalisation de l'un de ses auteurs que tout autant que c'est la nationalité de ce dernier qui a déterminé sa propre nationalité d'origine. Dans cette opinion, la naturalisation de la mère d'un enfant naturel reconnu par ses deux auteurs dans un seul et même acte, quoique survenue après la mort du père, ne profiterait pas à l'enfant (1).

480. D'après la circulaire du 28 août 1893, la qualité de Français pouvait être définitivement consolidée sur la tête des enfants mineurs du naturalisé, dans les termes mêmes de l'art. 11 du décret du 13 août 1889, et au moyen d'une renonciation qui était faite en leur nom par leurs représentants. Bien mieux, la Chancellerie en faisait une obligation au père qui sollicitait sa naturalisation, s'il avait des enfants nés en France qui seraient aptes plus tard à jouir de cette faculté de répudiation, en lui imposant de renoncer pour eux à cette faculté. Et, en outre, elle l'obligeait à faire, dans leur intérêt, une déclaration conforme à l'art. 9 ou à l'art. 10, si du moins la naissance en France des enfants ou l'origine française de la mère pouvait l'y autoriser (2).

Que valaient cette pratique, la renonciation intervenue et la déclaration faite, et que vaudront-elles après l'innovation de la loi militaire de 1905? Ces questions ont déjà été examinées au sujet d'un autre cas, et, *mutatis mutandis,* elles comportent ici exactement les mêmes solutions (3).

481. 3° Légitimes ou naturels (4), les enfants de l'étranger majeurs lors de la naturalisation peuvent demander à être compris dans le décret, sans avoir à justifier de l'accomplissement d'aucune des conditions ordinaires, dont leur tient lieu la naturalisation de leur auteur. Mais le gouvernement

(1) Weiss, I, p. 364.

(2) Circulaire, modèle n° 6; Campistron, n. 136; Stemler, *J. Clunet,* 1890, p. 404; Gruffy, *eod. op.,* 1894, p. 476; Audinet, *Note,* S., 1906. 1, p. 113.

(3) Cf. Surville et Arthuys, p. 105, note 2; Audinet, *Note,* S., 1906. 1, p. 114 et 115. — Cf. *supra,* n. 404 *bis, ter* et *quater.*

(4) Aubry et Rau, I, § 72, p. 398, n. 31 et 32, et § 73, p. 417, n. 54.

reste libre de le leur refuser, car il ne s'agit que d'une naturalisation de faveur (1).

Au contraire, ils peuvent réclamer comme un droit la qualité de Français, en faisant une déclaration dans les termes de l'art 9, tel, selon nous, qu'il a été modifié par la loi du 22 juillet 1893 (2) : mais ils ne sont admis à la faire que sous les conditions de cet article, c'est-à-dire que s'ils sont encore dans les délais fixés. Sur ce point le législateur de 1889 s'est montré moins libéral que celui de 1851, qui les autorisait à réclamer la nationalité française dans l'année qui suivait la naturalisation de leur auteur. Il a estimé que ce cas de bienfait de la loi devait être restreint aux enfants qui, par leur âge, n'échappent pas aux charges militaires que la France impose à ses ressortissants (3). Mais il ne l'a pas subordonné du moins à la naissance des enfants en France : sans quoi cette partie de l'art. 12 n'aurait été qu'une inutile répétition de l'art. 9 (4).

Les enfants majeurs jouissent d'ailleurs de ces deux facultés lorsque la naturalisation de leur mère survient après le décès de leur père. Mais elles ne sauraient leur appartenir si elle n'était que divorcée ou séparée de corps, puisque leur exercice ne saurait faire régner alors l'unité de nationalité dans la famille (5).

482. 4° La femme du naturalisé est dans la même situation que les enfants majeurs de celui-ci : une double voie lui est ouverte, comme à eux et sous les mêmes conditions, pour devenir Française, et cela alors même qu'elle serait séparée de corps, car la séparation pourrait cesser par la réconciliation des époux et l'unité de nationalité de la famille redevenir de la sorte tout aussi désirable, ou que, Française

(1) Aubry et Rau, I, § 72, p. 398, n. 33.

(2) Cf. *supra*, n. 385 s. et 420.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 397, n. 29; Huc, I, n. 265; Beudant, I, n. 33; Despagnet, n. 140 3° *c;* Weiss, I, p. 359; Audinet, *J. Clunet*, 1889, p. 203. — Douai, 11 juin 1891, *Gaz.Pal.*, 24 juill. 1891. — Cf. Cogordan, p. 168; Surville et Arthuys, n. 72. — Cpr. cep. Colmet de Santerre, I, n. 37 *bis*.

(4) Aubry et Rau, I, § 73, p. 417, n. 56; Le Sueur et Dreyfus, p. 86 et 146; Vincent, n. 134 et 135. — Cf. cep. Cogordan, p. 168.

(5) Aubry et Rau, I, § 72, p. 397, n. 30; Le Sueur et Dreyfus, p. 88.

d'origine, elle serait devenue étrangère par son mariage [1].

Antérieurement elle pouvait seulement demander à être associée à la naturalisation de son mari, et même, en pratique, en conformité d'un avis de la section de législation du conseil d'Etat en date du 24 juillet 1883 [2], avant de statuer sur cette naturalisation, on la mettait en demeure de faire connaître ses intentions à cet égard, de façon à prévenir tout malentendu. En admettant la femme qui est encore dans les délais de l'art. 9 [3] à faire une déclaration dans les termes de celui-ci, la loi nouvelle lui a donc facilité l'acquisition de la nationalité française [4].

Toutefois elle ne peut choisir entre les deux moyens qui s'offrent à elle d'accéder à cette nationalité que tout autant qu'elle est majeure. Mineure au contraire, il semble bien que, conformément aux principes, elle ne puisse, à raison de son incapacité, être comprise dans le décret de naturalisation qui intervient en faveur de son mari. Mais du moins peut-elle alors devenir Française en faisant par anticipation la déclaration de l'art. 9, en conformité des règles qui gouvernent cette hypothèse, car l'art. 12 n'exige nullement, pour qu'elle puisse la faire, qu'elle soit majeure elle-même. Elle n'est donc pas réduite, ainsi qu'on l'a prétendu, à remplir les conditions ordinaires pour obtenir sa naturalisation [5].

483. Les trois propositions suivantes donnent la solution des questions transitoires que soulève l'application du nouvel art. 12, 2e et 3e alinéas.

1° Les enfants mineurs d'un étranger déjà nés lors de sa naturalisation, survenus avant que la loi de 1889 ne fût entrée

(1) Aubry et Rau, I, § 72, p. 397, n. 29; Weiss, I, p. 359; Surville et Arthuys, n. 80; Campistron, n. 131; Le Sueur et Dreyfus, p. 86.

(2) *Rev. gén. d'admin.*, 1884, II, p. 212.

(3) C'est là une condition rigoureuse. Cpr. Surville, *Rev. crit.*, 1902, p. 143. — Crim. cass., 3 mai 1901, S., 1902. 1. 105, note de M. Audinet, D., 1903. 1. 129, *J. Clunet*, 1901, p. 797. — Cpr. cep. Douai, 11 mars 1901, S., 1902. 1, 105, *J. Clunet*, 1901, p. 797.

(4) Beudant, *loc. cit.;* Huc, I, n. 265; Despagnet, n. 140-3° *b* et *c;* Cogordan, p. 168; Weiss, I, p. 354, note 2, et p. 358. — Cf. Cohendy, *Le Droit*, 2-3 nov. 1889. Cpr. Conseil d'Etat, 7 août 1900 (motifs), S., 1903. 3. 15, D., 1902. 3. 4.

(5) Beudant, I, n. 33, p. 56; Le Sueur et Dreyfus, p. 147. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 72, p. 396, n. 27; Surville et Arthuys, n. 80.

en vigueur, sont devenus Français, sauf faculté de répudiation, si l'année de leur majorité n'était pas encore expirée lors de la publication de la loi nouvelle. Cette loi a pu les saisir aussitôt, puisqu'il ne résultait pour eux de la loi de 1851 qu'une faculté non encore exercée et qui, comme telle, n'étant pas constitutive d'un droit acquis, a pu être remplacée par une autre. Ils sont restés étrangers, au contraire, dans le cas où l'année de leur majorité était déjà expirée lors de la publication de la loi de 1889. En effet, d'une part, l'application de celle-ci les aurait rendus Français sans faculté de répudiation, et d'autre part, leur situation s'était définitivement fixée sous l'empire de la loi de 1851, puisqu'ils avaient laissé passer le délai qu'elle leur impartissait sans réclamer la nationalité française [1].

2° Les enfants majeurs lors de la naturalisation de leur père, survenue avant que la loi de 1889 ne fût devenue obligatoire, ont pu, en vertu de cette loi, acquérir la qualité de Français, s'ils se trouvaient encore dans les délais du N. art. 9, en faisant une déclaration conforme à ses prescriptions. Quant à la faculté que leur accordait à la loi de 1851 (art. 2) de faire cette déclaration dans l'année de la naturalisation de leur auteur, ils l'ont perdue : elle n'aurait constitué pour eux un droit acquis que s'ils l'avaient exercée [2].

3° La femme de l'individu naturalisé avant que la loi de 1889 ne fût devenue obligatoire n'a pas pu profiter, selon nous, de la disposition du N. art. 12, al. 2, pour faire, dans le cas où elle se trouvait encore dans les délais du N. art. 9, une déclaration conforme à cet article. En ne se faisant pas comprendre dans le décret qui a conféré la naturalisation à son mari, elle a complètement épuisé son droit tel qu'il était anciennement, et sa situation se trouve donc définitivement réglée : elle reste étrangère.

[1] Campistron, n. 233; Rouard de Card, p. 193. — Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, note de M. Boeck. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 73, p. 407, n. 10 et 11; Weiss, I, p. 367; Le Sueur et Dreyfus, p. 91.

[2] *Contra :* Weiss, I, p. 366 ; Campistron, n. 233. — Trib. civ. Lille, 7 août 1890, *Rev. prat. de dr. intern. privé,* 1890-91. 1, p. 133.

c. *De la naturalisation spéciale dont peuvent bénéficier les descendants des religionnaires.*

484. La loi des 9-15 décembre 1790 (art. 22), confirmée par la constitution de 1791 (tit. II, art. 2), permettait, à tout étranger descendant d'un Français expatrié pour cause de religion, d'acquérir la qualité de Français, sous la seule condition de revenir en France et d'y fixer son domicile. « Toutes personnes, disait l'art. 22, qui, nées en pays étranger, descendent, à quelque degré que ce soit, d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, sont déclarés naturels Français, et jouiront des droits attachés à cette qualité, si elles reviennent en France, y fixent leur domicile et prêtent le serment civique. Les fils de famille ne pourront user de ce droit sans le consentement de leurs père, mère, aïeul ou aïeule, qu'autant qu'ils seront majeurs et jouiront de leurs droits. »

La doctrine, d'une façon presque unanime (1), et la jurisprudence étaient d'accord pour reconnaître que cette disposition n'avait été abrogée ni par le code civil, ni par les lois postérieures. Et en 1881, notamment, le bénéfice en avait été appliqué à M. Victor Cherbuliez. L'art. 4 de la loi de 1889 confirme législativement cette solution : « *Les descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir.* » Mais l'étude des conditions et des effets de ce mode d'acquisition de la nationalité française va montrer que la loi nouvelle en a complètement modifié la nature.

485. *Conditions.* — 1° Celui qui se prévaut de l'art. 4 doit d'abord descendre, à un degré quelconque, d'un Français ou d'une Française qui se sont expatriés à la suite de la révocation de l'édit de Nantes (2). La loi de 1790, plus large au

(1) Aubry et Rau, 4e édit., I, § 70, p. 244, n. 32; Demolombe, I, n. 167 *bis;* Weiss, I, p. 368; de Folleville, n. 220 et 221; Cogordan, p. 74; Fuzier-Herman, art. 9, n. 34 s. — Paris, 20 sept. 1847, D., 47. 2. 212, P., 48. 1. 501. — Aix, 15 mars 1866, S., 66. 2. 171. — *Contra :* Demante, 2e édit., I, n. 20 *bis,* IV.

(2) Demolombe, I, n. 167; Weiss, I, p. 371; Despagnet, n. 134; Surville et Arthuys, n. 106; Cogordan, p. 73.

moins dans ses termes, disait « pour cause de religion », et certains estiment que le nouveau texte comporte encore cette libérale interprétation [1].

On s'était demandé, sous l'empire de la loi de 1790, si le descendant devait être né en pays étranger, comme elle le prévoyait, ou avait pu naître en France [2]; si elle profitait, non seulement aux descendants déjà nés lors de sa publication, mais encore à ceux qui n'étaient nés que par la suite [3]; si son bénéfice pouvait être invoqué aussi bien par les descendants d'une femme que par ceux qui descendaient d'un homme [4]. Mais toutes ces difficultés, généralement résolues, et avec raison, dans le sens le plus large, ne sauraient plus se poser en présence de notre texte, qui ne contient le germe d'aucune distinction [5].

De même il paraît certain que le fait d'avoir accompli un acte de nature à entraîner la perte de la qualité de Français ne priverait pas le descendant d'un religionnaire du droit d'invoquer notre disposition. On n'a pu soutenir le contraire qu'en prétendant, contre toute vraisemblance, qu'elle avait conféré de plein droit cette qualité aux descendants des réfugiés, alors qu'elle leur a simplement facilité les moyens de l'acquérir : n'ayant pas encore cette qualité, les intéressés n'ont donc pas pu la perdre par anticipation [6].

486. 2° Le postulant, dont la demande doit être dûment autorisée, s'il est mineur [7], doit ensuite venir habiter la France et y fixer son domicile.

Ces deux premières conditions, qui étaient autrefois suffisantes, car la prestation du serment civique n'était exigée par

(1) Aubry et Rau, I, § 72, p. 402, n. 45.

(2) Dans le dernier sens : Aubry et Rau, 4e édit., I, § 70, p. 244, n. 39; Weiss, I, p. 368. — *Contra :* Brocher, *Cours de dr. intern. privé,* I, p. 239.

(3) Dans le dernier sens : Aubry et Rau, 4e édit., I, § 70, p. 244, n. 32; Weiss, I, p. 368; Despagnet, n. 134; Cogordan, p. 74. — Paris, 29 sept. 1847, précité. — *Contra :* Circ. min. du 22 déc. 1842, D., 47. 2. 212, note 1, P., 48. 1. 501, note.

(4) Dans le sens de l'affirmative, Aix, 15 mars 1866, précité.

(5) Rouard de Card, p. 121.

(6) Aubry et Rau, I, § 72, p. 403, n. 48; Despagnet, n. 134; Weiss, I, p. 369; Cogordan, p. 74; de Folleville, n. 222. — Aix, 15 mars 1866, précité. — *Contra :* Req. rej., 13 juin 1811, S., 11. 1. 290, D., *Rép.,* v° *Droit civil,* n. 487.

(7) Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 403, n. 49.

la loi de 1790 que pour la jouissance des droits politiques [1], ne le sont plus aujourd'hui.

487. 3° Effectivement le postulant qui remplit les deux précédentes conditions doit, en outre, obtenir un décret spécial qui lui confère la nationalité française. Et il résulte de la discussion de la loi de 1889 que le gouvernement est libre de repousser sa demande : il jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. L'étranger devient donc Français désormais, non plus en vertu du bienfait de la loi et par un acte de sa seule volonté, mais en vertu d'une naturalisation qui est seulement dispensée des conditions ordinaires [2], et qui d'ailleurs, par exception à la règle générale, peut être conférée même à un mineur, pourvu qu'il soit muni du consentement de ses père et mère, aïeul ou aïeule [3].

488. *Effets.* — Quels sont les effets de cette naturalisation spéciale? Sous l'empire de la loi de 1790 on décidait, en se fondant sur les expressions « naturels français » et sur la rédaction, partie au présent, partie au futur, de l'art. 22, que l'acquisition de la nationalité française remontait, pour les descendants nés avant sa publication, à cette publication même, et, pour ceux qui étaient nés depuis, au jour de leur naissance [4]. Le législateur de 1889 a expressément déclaré, au contraire, que le décret ne produirait d'effet que pour l'avenir, ce qui est logique, puisque la naturalisation ne rétroagit jamais [5].

489. On remarquera toutefois que l'art. 4 ne prononce pas ce nom de naturalisation : c'est que ce mode spécial d'ac-

(1) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 70, p. 244, n. 31 ; Weiss, I, p. 372 ; de Folleville, n. 221, note 1 ; Fœlix, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 323. — Circ. du Min. des aff. étr., 1er mai 1890, *Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-91, 3, p. 12.

(2) Déclaration de M. Batbie au sénat, *Journ. officiel, Déb. parlement.*, 1887, p. 111.

(3) Aubry et Rau, I, § 72, p. 402, n. 46 ; Huc, I, n. 264 ; Despagnet, n. 134 ; Weiss, I, p. 370 et 372 ; Cogordan, p. 73 ; Campistron, n. 47 ; Rouard de Card, p. 122.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Religionnaires*, § 10, n. 7 ; Aubry et Rau, 4e édit., I, § 70, p. 245, n. 34 ; Demolombe, I, n. 167 ; Huc, I, n. 264 ; Beudant, I, n. 29 ; Despagnet, n. 134 ; Cogordan, p. 73 ; de Folleville, n. 223 s. — Req. rej., 17 juin 1813, cité par Merlin, *loc. cit.* — Cf. Desèze, *Consultation*, S., 1811. 1. 290.

(5) Weiss, I, p. 373 ; Campistron, n. 70.

quisition de la nationalité française est un peu à part dans notre droit. On en a conclu, avec grande apparence de raison : 1° que ce mode de nationalisation rend immédiatement éligible aux assemblées législatives. L'art. 3 de la loi de 1889 ne vise, par ses termes comme par sa place, que le naturalisé ordinaire, et nullement les descendants des religionnaires, et ceux-ci, est-il dit, « continueront à bénéficier des dispositions » de la loi de 1790, laquelle conférait certainement la plénitude des droits politiques (1). — 2° Qu'il ne produit pas d'effets collectifs : il requiert d'abord un décret spécial pour chaque demandeur, et l'art. 12, al. 2 et 3, est ensuite, pour les mêmes motifs que l'art. 3 de la loi, tout à fait inapplicable à notre hypothèse (2).

490. Tel est le second mode d'acquisition de la nationalité française, la naturalisation. Dans toutes nos explications il n'a été question que de la naturalisation en France. On trouvera dans les auteurs spéciaux (3) les règles qui gouvernent la naturalisation en Algérie, dans les colonies et les pays de protectorat.

3. *De l'annexion* (4).

491. L'annexion est la réunion de tout ou partie d'un pays à un autre. Elle ne nous occupera ici qu'en tant qu'elle entraîne le changement de nationalité des habitants du pays annexé. Encore nous limiterons-nous à la théorie de l'an-

(1) Despagnet, n. 134; Weiss, I, p. 373; Campistron, n. 129; Rouard de Card, p. 123 et 124; Vincent, p. 114. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 73 *ter*, p. 430, n. 5; Beudant, I, p. 46, note 1; Le Sueur et Dreyfus, p. 95.

(2) Aubry et Rau, I, § 72, p. 403, n. 49; Despagnet, n. 134; Weiss, I, p. 373; Rouard de Card, p. 124 et 125. — *Contra :* Beudant, I, p. 47, note 1; Campistron, n 139 et 140.

(3) Aubry et Rau, I, § 73 *bis*, p. 422 s.; Huc, I, n. 238-249; Weiss, I, p. 374-422; Cogordan, p. 134-141; Despagnet, n. 142; Surville et Arthuys, n. 61; Audinet, *J. Clunet*, 1898, p. 23 s.

(4) Selosse, *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*, Paris, 1880; Haranger, *Des changements de nationalité par suite d'annexion et de démembrement du territoire* Thèse, Paris, 1880; Herbaux, *De la qualité de Français acquise ou perdue par suite d'une annexion;* J. Cabouat, *Les annexions de territiore et leurs principales conséquences* (Thèse, Paris), 1881; Rouard de Card, *Les annexions et les plébiscites dans l'histoire contemporaine, Etudes de droit international*, Paris, 1890, p. 37 s.; Surville, *Rev. crit.*, 1904, p. 201.

nexion, car il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage de retracer l'histoire des annexions réalisées par la France et d'étudier les très nombreuses difficultés auxquelles elles ont donné lieu [1].

492. L'assujettissement d'un pays n'a pas toujours eu pour effet de conférer à ses ressortissants la nationalité du vainqueur. Dans les temps primitifs, comme de nos jours dans quelques peuplades sauvages, le massacre était la suite inévitable de la conquête. Puis, à l'extermination succéda la servitude. Suivant l'état de civilisation du conquérant ou du vaincu, leur communauté ou leur diversité d'origine et de mœurs, celui-ci est tantôt réduit en esclavage, tantôt simplement rattaché à la cité par les liens d'une sujétion qui en fait, à des degrés différents, un inférieur dans le nouvel Etat dont il dépend. Avec les progrès du droit des gens apparaît la conception moderne, qui fait simplement passer les ressortissants du pays annexé sous l'allégeance de l'annexant et les place sur un pied de parfaite égalité avec leurs nouveaux concitoyens. Le respect de la liberté individuelle, et aussi le respect de ce principe primordial que tout changement de nationalité implique le consentement, exprès ou tacite, de l'intéressé, ont enfin transformé l'ancienne annexion, qui, de brutale qu'elle était, est devenue en un certain sens volontaire, soit parce que ceux qu'elle atteint sont parfois appelés à la sanctionner par leur vote, par un plébiscite, soit parce que le plus souvent on leur reconnaît du moins le droit, par une option expresse ou tacite, de décliner la nationalité de l'annexant et de resserrer ainsi le lien qui les unissait déjà au pays démembré.

493. Dans l'antiquité, Rome octroya d'abord généreusement la *civitas cum suffragio* aux peuples dont ses armes avaient triomphé : par cette habile politique elle essayait

[1] Cf. à ce sujet Aubry et Rau, I, § 75 *bis*, p. 448 s.; Demolombe, I, n. 178; Laurent, I, n. 354 s.; Huc, I, n. 251-253, 298-301; Despagnet, n. 145 et 146; Weiss, I, p. 537-569; Surville et Arthuys, n. 84 s.; Cogordan, p. 332-398; Spire, *Etude juridique sur la condition des Alsaciens-Lorrains au point de vue de la nationalité* (Thèse, Nancy), 1879; Gilbrin, *Essai sur la condition juridique des Alsaciens-Lorrains* (Thèse, Paris), 1884; Brunet, *Conséquences juridiques de l'annexion de la Savoie et de Nice à la France* (Thèse, Paris), 1890.

de s'assimiler ceux qu'elle avait soumis. Mais, à mesure qu'augmentait l'éclat de la puissance et de la majesté romaines, elle se montra de plus en plus jalouse de son droit de cité, l'accordant parfois dépouillé du droit de suffrage, quelquefois même du *connubium,* ou le refusant plus souvent tout à fait aux peuples vaincus, qui venaient grossir les rangs des pérégrins. On sait que l'intérêt fiscal seul détermina les empereurs à conférer la *civitas* à des contrées entières, et Caracalla à l'étendre à tous les sujets libres de l'Empire, abstraction faite des barbares.

494. Dans l'ancienne France, la réunion d'un pays au royaume entraînait la dénationalisation de ses habitants et leur conférait la qualité de Français. Si Dumoulin (1) semble exiger que ce changement d'allégeance soit consacré par un acte formel du souverain, ordonnance ou lettres patentes, Pothier (2) ne le subordonne à rien de semblable. « Il est certain, dit-il, que lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitants doivent être regardés comme Français naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers qui seraient établis dans ces provinces, et y auraient obtenu, suivant les lois qui y sont établies, les droits de citoyen, devraient après la réunion être considérés comme citoyens, ainsi que les habitants originaires de ces provinces, ou du moins comme des étrangers naturalisés en France. — Lorsqu'au contraire une province est démembrée de la couronne, lorsqu'un pays conquis est rendu par le traité de paix, les habitants changent de domination. De citoyens qu'ils étaient devenus au moment de la conquête ou depuis la conquête, s'ils sont nés avant la réunion, de citoyens qu'ils étaient par leur naissance jusqu'au temps du démembrement de la province, ils deviennent étrangers. »

495. Mais la dénationalisation, qui atteint, semble-t-il, quoique Pothier ne soit pas sur ce point très explicite, à la fois les individus originaires du pays annexé et ceux qui n'y

(1) *Coutume de Paris,* titre *Des fiefs,* § 20. — Cf. Chopin, *Traité du domaine,* liv. I, tit. V.

(2) *Traité des personnes,* 1re part., tit. II, sect. 1, n. 43 et 44.

sont que domiciliés, ne leur est plus de son temps absolument imposée. Jusque vers le milieu du XVIIe siècle, ils n'y échappaient qu'à la condition de s'expatrier et de liquider tout ce qu'ils possédaient, meubles et immeubles, dans le pays. Le traité de capitulation d'Arras de 1640 consacra, pour la première fois, le droit de s'y soustraire en transférant son domicile ailleurs, dans un certain délai, et en transportant tous ses meubles en ce nouveau lieu. Et cette faculté fit l'objet d'une clause semblable dans les traités de Ryswick, de 1697, d'Utrecht, de 1713, et de Rastadt, de 1714. Aussi Pothier [1] écrit-il que les habitants d'une province démembrée de la couronne « peuvent conserver la qualité et les droits de citoyens, en venant s'établir dans une autre province de la domination française ; car, comme ils ne perdraient la qualité de citoyens qui leur était acquise, en continuant de demeurer dans la province démembrée, ou rendue par les traités de paix, que parce qu'ils seraient passés sous une domination étrangère, et qu'ils reconnaîtraient un autre souverain, il s'ensuit que, s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnaissent le même souverain, ils continuent d'être citoyens, et demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité. »

496. Avec le traité de Campo-Formio, de 1797, la manifestation tacite de la volonté de rester sous l'allégeance de l'Etat démembré, qui résulte de l'émigration, devient insuffisante : les habitants du pays incorporé doivent expressément opter en faveur de l'Etat qui subit l'annexion, faute de quoi ils sont censés en accepter les conséquences. C'est ce système qui est de nos jours le plus ordinairement suivi, et qui l'a été dans les traités de Turin, de 1860, et de Francfort, de 1871. L'annexé est d'ailleurs dispensé, sinon de l'obligation d'émigrer, du moins de celle de vendre les biens qu'il possède dans les pays cédés [2].

497. Si tels sont aujourd'hui les usages entre nations fai-

[1] *Loc. cit.*, n. 44.

[2] Cf. Despagnet, n. 144-2° et 145 ; Cogordan, p. 317 s. ; Weiss, I, p. 533 s. ; Surville et Arthuys, n. 89 s. ; Selosse, p. 149 s., 319 s. ; Fœlix, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 327 s.

sant partie de la communauté européenne, il s'en faut bien qu'elles les appliquent aux peuples dont tout, race, religion, mœurs, état social, les sépare. Pour ceux-là l'annexion n'a le plus souvent que des effets limités : elle fait des sujets et non des citoyens, et l'annexé change de maître plutôt qu'il ne change de nationalité. Tel a été le traitement réservé par la France, dans ses possessions, aux Hindous, aux Arabes, aux nègres du Sénégal et aux Annamites.

498. La théorie de l'annexion ne saurait donc être formulée en règles absolues : le caractère de l'annexion dépend presque autant de celui qui la subit que de celui qui l'impose. Les courts développements qui suivent n'ont d'autre but que d'en fixer les traits principaux.

499. A quelle époque tout d'abord l'annexion opère-t-elle dénationalisation? De deux choses l'une : ou bien elle intervient sans traité, et alors il faut tout au moins qu'elle résulte d'une manifestation non équivoque de la volonté de l'Etat qui la fait, car la simple occupation du pays par ses armées n'emporte pas annexion (1). Ou bien, au contraire, un traité la consacre : dans ce cas le changement de nationalité survient à la date qu'il fixe, par exemple lors de l'échange des ratifications, et, à défaut de disposition sur ce point, à la date même de sa signature (2), ou seulement à la date de sa ratification (3), suivant que l'on considère cette dernière comme une simple condition suspensive dont l'accomplissement opère avec effet rétroactif, ou comme un élément de la formation même du traité avant la réalisation duquel il n'existe pas.

Toutefois, si la convention accorde aux annexés un délai pour opter, certains auteurs, dont l'avis a été partagé par la jurisprudence française, estiment qu'ils conservent leur

(1) Aubry et Rau, I, § 75 *bis*, p. 449, n. 4 et 5 ; Despagnet, n. 143; Cogordan, p. 327. — Cpr. Beudant, I, n. 33, p. 58.

(2) Crim. rej., 12 août 1871, S., 71. 1. 168, D., 71. 1. 364. — Trib. Papeete (Taïti), 17 juin 1890, *J. Clunet*, 1891, p. 158. — Crim. cass., 27 oct. 1893, *Rev. gén. de dr. intern. publ.*, 1894, I, p. 65. — Il ne saurait rétroagir à une époque antérieure à celle de la signature du traité. Cpr. Civ. rej., 9 déc. 1902, D., 1903. 1. 241, *J. Clunet*, 1904, p. 170.

(3) Despagnet, n. 143 ; Surville et Arthuys, n. 94.

ancienne nationalité jusqu'à l'expiration de ce délai, parce que, disent-ils, c'est à ce moment seul qu'ils montrent, en n'optant pas, l'intention de passer sous l'allégeance de l'annexant [1]. Pour d'autres, dont l'opinion semble plus juridique, la dénationalisation s'opère aussitôt, mais elle est censée ne s'être jamais produite si la condition résolutoire de l'option s'accomplit [2].

500. Quelles sont ensuite les personnes atteintes par cette dénationalisation? Cette question, de toutes la plus importante, est aussi celle qui est la plus diversement résolue. Deux points sont hors de doute. D'une part, les étrangers nés ou domiciliés dans le pays annexé n'ont pas à souffrir de son incorporation à un nouvel Etat, l'acte qui la réalise devant rester sans effets à l'égard de ceux qui n'y ont été ni parties, ni représentés [3]. D'autre part, l'annexion porte-t-elle sur un Etat tout entier, ou même sur une partie de l'Etat qui avait conservé son individualité propre, elle embrasse nécessairement tous ses nationaux ou tous ceux qui se rattachaient à cette partie, quel que soit le lieu de leur naissance ou de leur domicile [4].

501. Mais, lorsqu'une portion seulement du territoire d'un Etat est réunie à un autre, convient-il de considérer comme compris dans l'annexion tous les habitants originaires de la fraction détachée, ou tous ceux qui y sont domiciliés, ou à la fois les uns et les autres, ou seulement enfin ceux qui y sont nés et domiciliés ? Chaque opinion a ses partisans.

Celle qui en compte le plus et à laquelle nous nous rallions s'attache exclusivement au domicile. Elle paraît, en effet, la plus conforme à la fois aux intentions et aux intérêts de l'annexant et de l'annexé. Si la réunion d'un pays à un autre

(1) Cogordan, p. 326. — Trib. Vesoul, 19 juill. 1871, S., 71. 2. 185, D., 71. 3. 69. — Nancy, 31 août 1871, S., 71. 2. 129, note de M. Lyon-Caen, D., 71. 2. 207. — Cpr. Chambéry, 10 janv. 1901, S., 1902. 2. 80, D., 1901. 2. 249.

(2) Weiss, I, p. 522; Despagnet, n. 146; Glard, p. 404; Selosse, p. 349; de Folleville, n. 538 s.; Surville et Arthuys, n. 94. — Paris, 3 août 1898, D., 99. 2. 70.

(3) Laurent, I, n. 354; Despagnet, n. 144-1°; Weiss, I, p. 523; Cogordan, p. 322. — Lyon, 5 juin 1886, *J. Clunet,* 1887, p. 337.

(4) Aubry et Rau, I, § 75 *bis,* p. 448, n. 3; Despagnet, n. 144-1°. — Crim. rej., 12 juin 1874, S., 78. 1. 45, D., 75. 1. 333.

engendre, en même temps qu'un changement de souveraineté, un changement de nationalité, c'est parce que sans celui-ci celui-là resterait incomplet : le nouveau souverain du sol, qui ne serait pas aussi le souverain des personnes, ne serait qu'à moitié le maître du pays et risquerait trop de cesser bientôt tout à fait de l'être. Telle est la raison pour laquelle il étend son autorité à la fois sur le territoire et sur ceux qui s'y trouvent ; et ce qui le prouve, c'est que, par le droit d'option, il permet aux personnes d'échapper à cette autorité. Elles ne suivent donc pas le sort de la terre parce qu'on les considère comme une dépendance de celle-ci, mais parce que la conservation du sol n'est assurée au nouveau possesseur qu'à la condition qu'elles le suivent. Or, de ce point de vue, le seul lien entre l'homme et le territoire à considérer dans l'annexion, c'est celui qu'établit le domicile, comme étant le seul durable et le seul qui doive préoccuper l'annexant. S'il ne peut tolérer, en effet, que les habitants du pays qu'il incorpore continuent à y demeurer avec la qualité de ressortissants de l'Etat dont ce pays dépendait naguère, que lui importe que cette qualité reste à ceux qui y sont nés sans y être domiciliés ? Et comme, d'autre part, la dénationalisation résultant de l'annexion repose, au moins dans les idées modernes, sur l'acceptation tacite de l'intéressé, il paraît évident qu'on ne peut attendre cette manifestation de volonté que de ceux qui, ayant le siège et le centre de leurs intérêts dans le territoire annexé, sont ainsi, par la force des choses, mis en demeure d'avoir à faire connaître s'ils entendent repousser ou subir l'annexion : elle ne peut que laisser indifférents ceux qui, ayant seulement vu le jour dans le pays, n'ont conservé avec lui, peut-être depuis leur naissance, aucune relation, et dès lors elle ne pourrait les atteindre que par surprise [1].

[1] Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. I, n. 43 ; Aubry et Rau, I, § 75 *bis*, p. 448, n. 3, et p. 453 ; Demolombe, I, n. 157 et 178 ; Duranton, I, n. 133 ; Demante, 2e édit., I, n. 24 *bis* ; Proudhon et Valette, I, p. 128 ; Fœlix et Demangeat, *Tr. de dr. intern. privé*, I, n. 35 ; Despagnet, n. 144-1° ; Weiss, I, p. 523 ; Surville et Arthuys, n. 85 ; Alauzet, *De la qual. de Fr.*, n. 14 ; Selosse, p. 282 ; Herbaux, *op. cit.*, p. 171 s. ; Robillard, *De la qual. de Fr.*, p. 273 ; P. Fiore, trad. Pradier-Fodéré, *Dr. intern. privé*, n. 65, et p. 147, note 1 ; Fuzier-Herman,

502. Ces motifs nous dispensent d'entreprendre la réfutation détaillée des autres systèmes. Si les originaires — et la signification de ce terme est elle-même discutée [1] — passent seuls sous l'allégeance de l'annexant [2], les domiciliés, ceux-là précisément qui peuvent avec le plus de succès conspirer contre son autorité, y échappent! Et on ne voit pas, d'autre part, pourquoi la naissance sur une certaine partie du territoire, qui n'influe aucunement sur le statut personnel d'un individu, entraînerait par elle seule sa dénationalisation. Si, comme le veut une autre théorie, l'annexion n'atteint que ceux qui, nés dans le pays annexé, y sont aussi domiciliés [3], elle produit des effets beaucoup trop restreints, et le reproche que nous adressions à la précédente se représente. Les effets de l'incorporation sont trop étendus, au contraire, s'il suffit pour en souffrir, ainsi que le soutient un dernier parti, qui exagère l'intérêt de l'Etat cessionnaire au détriment des simples originaires, d'être né ou d'être domicilié dans le territoire annexé [4].

503. Il va de soi d'ailleurs que ces vues purement théoriques doivent céder devant une manifestation expresse ou tacite de volonté contenue dans l'acte en vertu duquel se réalise l'annexion : la détermination des effets de celle-ci n'est plus alors qu'une question d'interprétation de cet acte. C'est ainsi qu'on a pu décider que par naturels du pays annexé il fallait entendre les nationaux de ce pays qui en sont originaires, alors même qu'ils se trouvaient fixés hors du dit pays lors de l'annexion [5].

504. La dénationalisation résultant de l'annexion peut le

art. 13, n. 91 s. — Req. rej., 29 juin 1893, S., 96. 1. 89, note de M. Pillet, D., 93. 1. 569, rapp. de M. Denis. — Cf. Cogordan, p. 323; de Folleville, n. 258 s.; Cauwès, S., 75. 2. 225. — Req. rej., 4 juil. 1810, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 124 s.

(1) Cf. Brunet, p. 120; Rouquier, *Rev. prat.*, 1862, XIII, p. 273 s. — Annecy, 9 juill. 1874, S., 75. 2. 225. — Trib. Lyon, 24 mars 1877, cité par Cogordan, 1re édit., annexe F., p. 413.

(2) Laurent, I, n. 359; Huc, n. 250.

(3) Cpr. Hanoï, 17 nov. 1897, D., 1902. 2. 305, note de M. Pic.

(4) Cpr. Beudant, I, n. 41, p. 77.

(5) Paris, 24 juil. 1874, S., 75. 2. 225, D., 77. 2. 18, et note. — Cpr. Hanoï, 17 nov. 1897, précité.

plus souvent, de nos jours, être évitée par une manifestation de volonté contraire qui consiste, suivant les cas, soit dans une émigration pure et simple hors des pays cédés, soit dans une déclaration, suivie ou non de l'émigration. En d'autres termes, l'annexé jouit d'un droit d'option entre son ancienne nationalité et la nouvelle.

505. L'exercice régulier de ce droit d'option est naturellement subordonné à la capacité de l'intéressé relativement au changement de patrie. Cette capacité doit être appréciée d'après la loi du pays cédant ou d'après celle du pays cessionnaire, suivant qu'on décide que la dénationalisation s'opère seulement lors de l'expiration des délais d'option ou qu'au contraire elle s'opère aussitôt.

506. Mais quelle est l'influence du parti pris par un chef de famille sur la situation de sa femme et de ses enfants mineurs déjà nés lors de l'annexion? Elle est nulle, à notre avis, dans notre législation, qui n'a admis que par une dérogation aux principes, non susceptible d'interprétation extensive, que la naturalisation proprement dite du père devenu Français profitait de plein droit à ses enfants mineurs, sauf la faculté de répudiation qui leur appartient. Cette solution s'impose d'autant plus qu'en l'espèce ces enfants seraient nécessairement privés de cette faculté [1]. Vainement dit-on qu' « en cas d'annexion, on se trouve en présence d'un événement de force majeure atteignant la famille entière, et dont il appartient à son chef de régler les conséquences au mieux des intérêts de tous », puisque précisément le droit d'option permet d'en éviter les effets et que la question est de savoir s'il appartient personnellement à chaque intéressé. C'est donc à la femme mariée et aux enfants mineurs à exercer personnellement leur droit d'option.

507. La capacité de la femme, quant à l'exercice de ce droit, est régie par les règles ordinaires qui la gouvernent. Ainsi, en cas d'annexion de son pays à la France, si l'on admet qu'elle doit être considérée comme Française jusqu'à son option pour

[1] *Contra :* Aubry et Rau, I, § 76 *bis*, p. 452, n. 11, et p. 454, n. 13 *bis;* Fœlix, *Dr. intern.*, I, n. 40; Despagnet, n. 146; Alauzet, n. 66 et 129 s. — Trib. corr. des Andelys, 4 juin 1896, *J. Clunet*, 1898, p. 1086. — Cf. *infra*, p. 535, note 4.

son ancienne nationalité, elle ne pourra se prononcer pour celle-ci qu'avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, de justice [1].

508. Quant aux enfants mineurs, ils devront opter en personne à leur majorité, c'est-à-dire à 21 ans s'il s'agit d'annexion à la France et si l'on admet que jusque-là ils seront considérés comme Français : ce n'est donc qu'à compter de leur majorité que courront les délais impartis aux annexés pour opter [2]. Cette solution a pour elle le principe d'après lequel tout changement de patrie exige le consentement personnel de l'intéressé, et comme telle elle est préférable au système [3] qui autorise le mineur à opter avec l'assistance de ses représentants légaux, dont la volonté se substituerait ainsi trop souvent à la sienne. Toutefois c'est ce dernier système qui doit nécessairement être appliqué, lorsque l'Etat annexant refuse de prolonger pour les mineurs le délai ordinaire en en reportant le point de départ au jour de leur majorité [4]. Il a d'ailleurs cet avantage de fixer de suite leur nationalité, alors que dans l'autre elle pourrait rester très longtemps incertaine, puisque l'option a un effet rétroactif.

509. Il y aurait lieu, semble-t-il, de donner des solutions analogues en ce qui concerne les interdits : les délais d'option ne courraient pour eux qu'à partir du jour de la main-levée de l'interdiction. Tout au moins ils pourraient exercer tout seuls la faculté qui leur appartient dans un intervalle lucide. Mais il paraît plus difficile de les admettre à le faire, avec l'autorisation de leur tuteur, en dehors de ces intervalles [5] :

(1) Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 530. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 90.

(2) Huc, I, n. 252; Despagnet, n. 146; Weiss, I, p. 532; Cogordan, p. 325; de Folleville, n. 290; Robillard, *De la qualité de Français*, p. 197; Selosse, p. 331; Rouquier, *Rev. prat.*, 1862, XIII, p. 285 s.; Eyssautier, *Rev. crit.*, 1863, XXIII, p. 45 s.; Fiore et Scasliotti, *J. Clunet*, 1875, p. 139. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 90 s.

(3) Cauwès, S., 75. 2. 225. — Cpr. Robinet de Cléry, *Rev. crit.*, 1875, IV, p. 271 s.

(4) Cogordan, p. 325. — *Contra :* Chambéry, 22 déc. 1862, S., 63. 2. 113, D., 63. 2. 97, et note. — Aix, 17 mai 1865, S., 65. 2. 269, D., 65. 2. 147. — Chambéry, 4 mai 1875, S., 75. 2. 230, D., 77. 2. 17, et note. D'après ces décisions, le sort de l'enfant serait nécessairement lié à celui du père et dépendrait du parti que prend celui-ci lors de l'annexion. — Cf. Fuzier-Herman, art. 13, n. 98 s.

(5) Cf. cep. Despagnet, n. 146.

si on peut supposer en effet au mineur, quelque âge qu'il ait, une certaine volonté, l'état de folie est par lui-même exclusif du consentement, de telle sorte que le fou serait lié par la volonté de son tuteur et non par la sienne.

Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, conformément aux art. 499 et 513 C. civ., sont aptes, au contraire, à exercer leur droit d'option sans le consentement de personne, le changement de nationalité ne figurant pas parmi les actes pour lesquels l'assistance de leur conseil est requise (1).

509 *bis*. Quant aux effets de l'annexion, elle confère à ceux qu'elle atteint, à moins d'une restriction expresse, tous les droits attachés à la qualité de Français, y compris l'éligibilité aux chambres législatives. L'art. 3 de la loi de 1889 n'a nullement visé en effet cette hypothèse (2). Il n'en est pas moins étrange qu'une annexion qui s'impose donne plus de droits politiques à des ennemis d'hier, presque toujours, que la naturalisation qu'un étranger sollicite par affection pour le pays.

§ III. *De la perte de la qualité de Français.*

510. La dénationalisation d'un individu peut être volontaire ou forcée : dans ce dernier cas, elle est prononcée à titre de peine par l'Etat, qui retranche du nombre de ses ressortissants le national jugé indigne. On s'accorde aujourd'hui en théorie à reconnaître que cette cause de perte de la nationalité devrait disparaître des législations, comme n'ayant d'autre résultat que d'augmenter le nombre des *heimathlosen* et de rejeter vers les pays voisins tous ceux que leur patrie a ainsi exclus de son sein (3).

511. L'idée de faire une pénalité de la dénationalisation est des plus anciennes. A Rome, la *civitas* n'était pas perdue seulement par celui qui se faisait inscrire dans une ville étrangère, qui s'exilait volontairement pour échapper à une condamnation, ou qui émigrait dans une colonie latine : elle

(1) Despagnet, n. 146.

(2) Beudant, I, n. 34. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 94.

(3) Rouard de Card, p. 206; Despagnet, n. 113 et 114; Surville et Arthuys, n. 101.

le fut encore, suivant les époques, par celui qui encourait l'*interdictio aqua et igni,* la déportation ou la condamnation aux travaux publics à perpétuité. Mais, si celui qui tombait en esclavage *jure gentium* ou *jure civili* cessait de figurer au nombre des *cives,* c'est que cette qualité ne pouvait appartenir qu'à des hommes libres (1).

512. Dans notre ancien droit, les régnicoles perdaient cette qualité en abandonnant leur patrie sans esprit de retour, ou, comme le dit Loysel, en s'absentant volontairement. « Mais, ajoutait Pothier (2), on doit présumer toujours cet esprit de retour, à moins qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, et qui prouve une volonté certaine de s'expatrier. Tout autre fait ne peut que faire naître des soupçons qui s'évanouissent, si le Français revient dans le Royaume, quelque long temps qu'il ait demeuré en pays étranger; que s'il y était mort, le soupçon croîtrait. Le mariage qu'il y contracterait ne pourrait non plus que faire naître des soupçons; mais il ne serait plus permis de douter de son dessein de s'expatrier, s'il avait établi le centre de sa fortune en pays étranger, s'il s'y était fait pourvoir de quelque office ou bénéfice, surtout s'il s'y était fait naturaliser; car on ne peut obtenir des lettres de naturalité, sans se reconnaître sujet du prince à qui on les demande. » L'ordonnance du 5 mai 1669, dont les dispositions furent rappelées par de nombreux actes postérieurs, défendait aux sujets du roi de prendre à l'étranger, sans la permission de celui-ci, « établissement stable et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens et d'être réputés étrangers ». Toutefois ces peines, à la remarque de Pothier, n'étaient encourues qu'autant qu'il avait été intenté contre le sujet une accusation de désertion terminée par un jugement, « sans quoi il conservait toujours les droits de régnicole » (3).

(1) Gaius, I, 128; Ulpien, *Reg.*, XI, 12; Justinien, *Institutes*, § 2, *De capit. minutione*, I, 16; L. 7, 3, et L. 14, 1, D., *De interd. et releg.*, XLVIII, 22; L. 17, 1, D., *De pœnis*, XLVIII, 19. — Cf. Mommsen, *Le droit public romain* (trad. Girard), VI, 1re part., p. 51 s.

(2) *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. 4, n. 62. — Cf. Bacquet, *Droit d'aubeine*, V, ch. XXXVIII; Loysel, *Instit. cout.*, liv. 1, tit. I, règle 49.

(3) Cf. Req. rej., 13 avril 1830, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 486.

513. Le législateur de l'époque révolutionnaire multiplia sans mesure les cas dans lesquels la qualité de Français était perdue à titre de déchéance. C'est ainsi qu'à la naturalisation en pays étranger, à l'acceptation de fonctions, de faveurs ou de pensions offertes par un gouvernement étranger ou un « gouvernement non populaire », furent assimilées, suivant les Constitutions [1], l'affiliation à tout ordre de chevalerie ou à toute corporation étrangère qui supposait des preuves de noblesse ou des distinctions de naissance ou qui exigeait des vœux de religion, la condamnation à des peines emportant la dégradation civique ou à des peines afflictives ou infamantes jusqu'à réhabilitation, une condamnation par contumace tant qu'elle n'était pas anéantie, enfin la résidence pendant sept années consécutives hors du territoire de la république sans mission ou autorisation donnée au nom de la nation [2].

514. Les rédacteurs du code civil se montrèrent à juste titre plus sobres de déchéances; mais celles qu'ils avaient admises furent aggravées par les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811, et le décret du 27 avril 1848 vint en créer une nouvelle. Quant aux auteurs de la loi de 1889, fidèles à la pensée qui les inspirait, ils ont restreint le nombre des causes de perte de la nationalité française. Ces causes sont, d'après la loi nouvelle, les cinq qui suivent : 1° l'acquisition volontaire de la qualité d'étranger; 2° la répudiation de la qualité de Français dans les cas où la loi l'autorise; 3° le fait d'avoir conservé des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, malgré l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé; 4° le fait d'avoir pris du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français (ces quatre premières causes sont indiquées par le N. art. 17); 5° le mariage d'une Française avec un étranger, lorsque la loi de celui-ci confère à la femme la nationalité de son mari (art. 19). A cette énumération il y a lieu d'ajouter : 6° le démembrement d'une

[1] Const. de 1791, tit. II, art. 6; Const. de 1793, art. 5 et 6; Const. de l'an III, art. 12 et 15; Const. de l'an VIII, art. 4.

[2] Cf. Cogordan, p. 285; Weiss, I, p. 422; Rouard de Card, p. 208 et 209.

portion du territoire français ; 7° la possession ou le trafic d'esclaves, même en pays étranger.

De ces sept causes deux nous sont déjà connues, la deuxième et la sixième. Perd la qualité de Français, dit le N. art. 17-2°, « *le Français qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au paragraphe 4 de l'art. 8 et aux art. 12 et 18.* » L'individu auquel cette disposition s'applique a deux nationalités : la nationalité française que notre loi lui confère et une autre nationalité qui lui est attribuée par une loi étrangère. S'il opte pour la nationalité étrangère, il perd nécessairement la nationalité française et les droits qui y sont attachés.

Quant à la perte de la qualité de Français par le démembrement d'une portion de notre territoire, elle est gouvernée de tout point par des règles analogues à celles qui ont été précédemment posées relativement à l'annexion d'un territoire étranger à la France. Les deux hypothèses sont en effet la contre-partie l'une de l'autre [1].

Il faut étudier successivement les cinq autres causes de perte de la nationalité française.

PREMIÈRE CAUSE. — *Acquisition volontaire de la qualité d'étranger* [2].

515. D'après l'art. 17 du code civil, la qualité de Français se perdait « 1° par la naturalisation acquise en pays étranger ». Aux termes du nouvel art. 17 : « *Perdent la qualité de Français : — 1° le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi. S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne lui fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le gouvernement français.* »

Ainsi le Français qui acquiert volontairement une nationalité étrangère renonce implicitement, mais nécessairement, à la nationalité française, car nul ne peut servir deux patries à la fois. La perte de la qualité de Français, qui doit seule ici

[1] Cf. Fuzier-Herman, art. 17, n. 54 s.

[2] Cf. Herbaux, *De la naturalisation acquise en pays étranger par un Français*, *Rev. prat*, 1880, XLVIII, n. 93.

nous occuper, puisque l'acquisition de la nationalité étrangère est régie par la loi étrangère [1], est subordonnée aux trois conditions suivantes; il faut : 1° que le Français ait réellement acquis la nationalité étrangère ; 2° qu'il l'ait acquise volontairement; 3° qu'il ait été capable de changer de nationalité.

516. *Première condition.* — Le Français doit avoir acquis la nationalité étrangère : il ne suffit pas qu'il l'ait demandée [2]. Il importe peu, au reste, que cette acquisition résulte d'une naturalisation proprement dite ou du bienfait de la loi : c'est ce que décide explicitement le N. art. 17-1°, tandis que, sous l'empire du code civil, il semblait découler du silence même des textes que la nationalité française ne pouvait être perdue à la suite d'une simple déclaration analogue à celle de notre art. 9 et autorisée par la loi étrangère [3]. Et toutefois il y avait une tendance de plus en plus marquée à assimiler l'option pour une nationalité étrangère à la naturalisation.

Il importe peu également que la naturalisation produise tous les effets attachés à une grande naturalisation [4].

517. Encore faut-il que le Français ait été réellement investi de la qualité d'étranger : il ne suffit pas qu'on lui ait concédé, dans une mesure plus ou moins large, la jouissance de certains droits ou avantages réservés aux nationaux, si cette concession, à quelque titre et sous quelque forme qu'elle

[1] Lyon, 19 mars 1875, S., 76. 2. 21, D., 77. 2. 65. — Trib. Seine, 23 fév. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 927.

[2] Aubry et Rau, I, § 74, p. 435, n. 13; Demolombe, I, n. 179-3°; Laurent, I, n. 376; Beudant, I, n. 41; Despagnet, n. 148; Weiss, I, p. 447; de Folleville, n. 374; Campistron, n. 165; Rouard de Card. p. 216; Fuzier-Herman, art. 17, n. 6 s. — Amiens, 13 juill. 1899, *J. Clunet*, 1902, p. 837.

[3] Weiss, I, p. 450; Herbaux, *Rev. prat.*, 1882, LI, p. 155. — Civ. cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200, D., 71. 1. 242. — Lyon, 21 mars 1872, S., 72. 2. 149, D., 73. 5. 178. — Civ. cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 52, D., 75. 1. 151. — Toulouse, 26 janv. 1876, S., 76. 2. 177, D., 77. 2. 65. — Douai, 14 déc. 1881, S., 84. 2. 1, note de M. Esmein. — *Contra* : Demolombe, I, n. 150; L. Renault, *Rev. crit.*, 1882, XI, p. 716; Esmein, sous Douai, précité. — Paris, 21 fév. 1889, sous Cass., S., 91. 1. 449, note de M. Meynial, D., 89. 2. 273. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 90, note 4.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 436, n. 14 *in fine;* Weiss, I, p. 447; Chausse, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 213.

ait été faite, ne fixe pas en sa personne la qualité de national du pays dont elle émane [1].

Par application de ce principe, ne cessent pas d'être Français : 1° celui qui a seulement établi son domicile dans un pays étranger, par exemple en Belgique, en vertu d'une autorisation accordée par le souverain de ce pays [2] ; — 2° celui qui a obtenu en Angleterre la *denization* [3], car le *denizen*, quoiqu'il jouisse de certains droits civils refusés aux étrangers en général, n'a pas la qualité de naturel anglais [4] ; ou même celui auquel la naturalisation a été accordée dans une colonie anglaise, à raison des effets restreints de cette naturalisation [5] ; — 3° celui qui a acquis le droit de bourgeoisie dans une ville étrangère, lorsque ce droit est purement honorifique ou du moins ne revêt pas le titulaire, quelques prérogatives qu'il lui confère, de la qualité de national : par exemple, d'après notre jurisprudence, la grande bourgeoisie à Hambourg [6].

518. *Deuxième condition.* — Il faut que la nationalité étrangère ait été acquise volontairement par le Français : « sur sa demande », dit l'art. 17-1°, en ce qui concerne le bienfait de la loi, et il n'est pas douteux que cette condition soit également applicable à la naturalisation, les raisons étant les mêmes dans les deux cas, et les principes, déjà bien souvent

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 3, et v° *Denization ;* Aubry et Rau, I, § 74, p. 436, n. 14 ; Laurent, I, n. 377 ; Huc, I, n. 289 ; Beudant, I, n. 41 ; Despagnet, n. 148 ; Cogordan, p. 174 ; Weiss, I, p. 447 ; Surville et Arthuys, n. 65 ; Campistron, n. 165 ; de Folleville, n. 373 ; Rouard de Card, p. 216 et 217 ; Alauzet, *De la qual. de Fr.*, n. 49 ; Robillard, *Acquis. et perte de la qual. de Fr.*, p. 240 ; W. Newton, *J. Clunet*, 1883, p. 453 ; Chausse, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 213.

(2) Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 561, D., 53. 2. 179. — Trib. Seine, 4 août 1883, *J. Clunet*, 1884, p. 179.

(3) Cf. Leroy, *Thémis*, 1820, II, p. 296 et 1822, IV, p. 327.

(4) Civ. cass., 19 janv. 1819, S., 19. 1. 174, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 534. — Req. rej., 29 août 1822, S., 25. 1. 131, D., *eod. loc.* — Cpr. Paris, 27 juil. 1859, S., 59. 2. 677, D., 59. 2. 179. — Civ. rej., 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193, note de M. Labbé, D., 76. 1. 49. — Trib. Seine, 22 mai 1890, sous Paris, S., 96. 2. 273, note de M. Pillet, D., 92. 2. 505, note de M. Pic.

(5) Crim. rej., 14 fév. 1890, S., 91. 1. 139, D., 91. 1. 281, note de M. Cohendy.

(6) Ord. en cons. d'Etat, 18 nov. 1842, S., 43. 2. 602, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 517. — Cpr. Colmar, 19 mai 1868, S., 68. 2. 245, D., 68. 2. 225.

rappelés, exigeant que toute dénationalisation soit consentie par l'intéressé (1).

Ainsi resterait Français celui auquel une nationalité étrangère aurait été conférée sans qu'il l'eût sollicitée ou acceptée, fût-ce à la suite d'un fait volontairement accompli par lui. La cour de Paris (2) a décidé, par application de cette règle, qu'un Français, qui avait fondé en Espagne un établissement de commerce et qui s'y était marié avec une Espagnole, avait conservé la nationalité française, quoique, d'après la législation en vigueur à cette époque, l'un seul de ces deux faits suffît pour conférer la qualité de sujet espagnol.

519. Le texte exigeant que la nationalité étrangère ait été acquise par l'effet de la loi sur la « demande » du Français, il en résulte que celui-ci doit manifester expressément sa volonté, par exemple en faisant une déclaration analogue à celle de notre art. 9. Une manifestation de volonté tacite resterait donc inopérante, comme équivoque aux yeux de notre loi : par exemple celle qui ressortirait du fait d'avoir laissé expirer les délais impartis par la loi étrangère pour répudier la nationalité dont elle avait investi le Français (3).

520. *Troisième condition.* — Il faut enfin que le Français ait été capable de changer de nationalité, et capable d'après la loi française, qui régit seule son statut personnel jusqu'au jour de sa dénationalisation (4).

521. Cette capacité est celle du droit commun. Les majeurs seuls sont donc aptes à se soustraire à l'allégeance de la France, et il n'y a pas lieu, quoi qu'on en ait dit, de faire exception à la règle en faveur des mineurs qui seraient autorisés par leurs représentants légaux (5). Le changement de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 435, n. 12; Demolombe, I, n. 179-1°; Colmet de Santerre, I, n. 49 *bis*-II; Laurent, I, n. 376; Huc, I, n. 288; Beudant, I, n. 41; Despagnet, n. 148; Weiss, I, p. 446; Surville et Arthuys, n. 62; Audinet, p. 122; Cogordan, p. 177; Campistron, n. 170; Rouard de Card, p. 219. — Cpr. Paris, 21 fév. 1889, précité. — Pau, 15 juin 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 943.

(2) 3 mai 1834, S., 34. 2. 305, D., 34. 2. 170. — Cf. aussi Trib. Bordeaux, 22 nov. 1882, *J. Clunet*, 1883, p. 296. — Fuzier-Herman, art. 17, n. 11.

(3) Cogordan, p. 176; Weiss, I, p. 451; Despagnet, *loc. cit.*

(4) Civ. cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 52, D., 75. 1. 151. — Civ. cass., 26 fév. 1890, S., 93. 1. 126, D., 90. 1. 325.

(5) Aubry et Rau, I, § 74, p. 433, n. 7; Cogordan, p. 179; Weiss, I, p. 433;

nationalité est un de ces actes qui, supposant le consentement personnel de l'intéressé, doivent être l'œuvre de sa volonté, et non, plus ou moins, d'une volonté étrangère, et qui par suite sont absolument interdits aux mineurs et à leurs représentants, agissant ensemble ou isolément. C'est à ce principe qu'il faut en revenir toutes les fois que la loi n'y a pas expressément dérogé; or elle l'a même explicitement consacré dans les art. 8, § 3 et 4, 10, 12 et 18 C. civ., qui ne permettent qu'au mineur de décliner la nationalité française.

Nous n'admettrions pas, au reste, le tempérament de certains auteurs, qui, après avoir posé très nettement la règle, estiment que, « si la naturalisation conférée à un mineur est, par elle-même, impuissante à opérer, au jour où elle intervient, un changement de nationalité en sa personne, cet effet résultera valablement de la déclaration par laquelle, une fois majeur et revêtu d'une capacité juridique entière, il aura manifesté la volonté de revendiquer son bénéfice » (1). L'acte était-il nul, pour défaut de capacité, lors de sa confection? Si l'on admet l'affirmative, il faut décider qu'il doit rester tel en dépit de la ratification de celui dont il émane et qui, demeuré Français jusque-là, ne peut pas abdiquer sa nationalité, lors de sa majorité, par un simple acte de sa volonté et sans accomplir, à ce moment même, les conditions auxquelles est subordonnée sa dénationalisation.

522. Les personnes munies d'un conseil judiciaire, et celles en état d'interdiction pendant un intervalle lucide, peuvent changer toutes seules de nationalité, cet acte ne figurant pas parmi ceux qui exigent l'intervention de leurs protecteurs légaux. Cette intervention, au contraire, pour les raisons qui viennent d'être exposées, ne relèverait pas l'interdit de son

Surville et Arthuys, n. 62; Campistron, n. 178; Rouard de Card, p. 224; Le Sueur et Dreyfus, p. 182; Vincent, n. 160; Audinet, *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 31. — Lyon, 19 mars 1875, S., 76. 2. 21, D., 77. 2. 65. — Douai, 19 nov. 1887, *Rev. prat. de dr. intern. pr.*, 1890-91, I, p. 128. — Civ. cass., 26 fév. 1890, précité. — *Contra :* Despagnet, n. 148. — Cpr. Beudant, I, n. 41.

(1) Weiss, I, p. 334. — Chambéry, 29 avril 1873, S., 73. 2. 105, et note. — Douai, 19 nov. 1887, précité. — Cpr. Civ. cass., 26 fév. 1890, précité. — Besançon, 30 juill. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 370.

incapacité s'il agissait dans un moment où il est privé de ses facultés mentales [1].

523. Quant à la femme mariée, nul doute que, tant qu'elle n'est pas séparée de corps, la validité de son changement de nationalité ne soit subordonnée à l'obtention de l'autorisation de son mari ou de justice [2].

524. Mais cette solution, commandée, de l'aveu de tous les interprètes, par les règles de l'autorité maritale, est-elle encore vraie après la séparation de corps? Cette question, célèbre dans les annales du droit international privé depuis la retentissante affaire Bauffremont, ne peut plus se poser depuis la loi du 6 février 1893, qui reconnaît à la femme séparée de corps une pleine capacité civile (nouvel art. 311 C. civ.) : elle peut donc désormais acquérir toute seule, sans aucune autorisation, une nationalité étrangère. Mais le pouvait-elle également avant cette loi?

Au point de vue qui nous occupe, l'affaire Bauffremont se réduisait à ces termes très simples : la naturalisation obtenue en 1875, dans le duché de Saxe-Altenbourg, par la comtesse de Caraman-Chimay, épouse séparée du prince de Bauffremont, sans l'autorisation de celui ci ni de justice, était-elle valable? La validité du mariage qu'elle avait contracté quelques mois plus tard avec le prince Bibesco dépendait naturellement de la réponse à cette question par voie de conséquence. Le tribunal de la Seine [3], saisi de la difficulté, déclara nulle la naturalisation obtenue dans ces conditions, et la justice belge, qui eut aussi incidemment à en connaître, se rallia à cette opinion, après avoir d'abord émis un avis contraire [4]. Quant à la cour d'appel de Paris et à la cour de cassation, elles déclarèrent la naturalisation, non pas nulle,

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 433, n. 8; Cogordan, p. 179; Weiss, I, p. 433; Despagnet, n. 148.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Despagnet, *loc. cit.*; Cogordan, p. 179; Weiss, I, p. 434; Surville et Arthuys, n. 64; de Folleville, n. 414; Campistron, n. 179; Rouard de Card, p. 225; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1885, p. 234.

(3) Trib. Seine, 10 mars 1876, S., 76. 2. 249, D., 78. 2. 1.

(4) Bruxelles, 5 août 1880, réformant jugement du trib. de Charleroi, 3 janv. 1880, S., 81. 4. 1, note de M. Laurent. — Cass. Belgique, 19 janv. 1882, D., 82. 2. 81, concl. de M. Faider et note.

mais inopposable au mari comme frauduleuse, en tant qu'elle avait pour but de permettre la transformation de la séparation de corps en divorce (1).

A la question dans les termes où nous l'avons posée, nous répondrons, avec la presque unanimité des auteurs français (2), que la femme séparée de corps ne pouvait, avant la loi de 1893, se faire naturaliser à l'étranger qu'avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, de justice. La femme non séparée, qui encore aujourd'hui ne peut pas se faire naturaliser sans cette autorisation, est-elle seulement privée de cette faculté, comme on l'a dit, par cette raison qu'ayant nécessairement le même domicile que celui de son mari, et la naturalisation exigeant presque toujours l'établissement du domicile en pays étranger, il ne lui est pas permis d'effectuer ce transfert sans l'autorisation maritale ? Si cette proposition était vraie, la femme non séparée pourrait elle-même se faire naturaliser toute seule dans deux cas : 1° quand la loi étrangère n'exige pas, comme en Suisse autrefois, l'établissement du domicile sur le territoire qu'elle régit ; 2° quand, le mari étant lui-même déjà domicilié sur ce territoire, la femme veut profiter de la circonstance pour solliciter sa naturalisation. Or ces deux conséquences étaient repoussées par tout le monde : c'est donc que la proposition énoncée était fausse et qu'on ne devait pas conclure, de ce que la femme séparée de corps pouvait avoir un domicile distinct de celui de son mari, qu'elle pouvait également changer de nationalité par tous les

(1) Paris, 17 juill. 1876, S., 76. 2. 249, concl. de M. Ducreux et note, D., 78. 2. 1, note de M. Cazalens. — Civ. rej., 18 mars 1878, S., 78. 1. 193, note de M. Labbé, D., 78. 1. 201.

(2) Despagnet, n. 148; Cogordan, p. 179; Weiss, I, p. 435; Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. int. privé*, n. 61; Fuzier-Herman, art. 3, n. 18; Labbé, *J. Clunet*, 1875, p. 409, et 1877, p. 5; Stœlzel, *eod. loc.*, 1876, p. 260; Lehr, *eod. loc.*, 1877, p. 114; Teichmann, *Etude sur l'aff. Bauffremont*, Bâle, 1876; Gabba, *Rev. prat.*, 1876, XLI, p. 369 s.; Mauro, *Lettre sur une quest. de dr intern.*; Molinier, *De la natur. de la femme sép. de corps*, Paris, 1877; *Rev. du notariat et de l'enregistr.*, 1876, p. 299; L. Renault, *J. Clunet*, 1880, p. 178; Pilicier, *Le divorce et la sép. de corps en dr. intern. privé*, Lausanne, 1887, p. 291 s. — *Contra :* Blondeau, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, I, p. 645 s.; 1845, II, p. 133 et 151 s.; de Folleville, *De la natur. en pays étr. de femmes sép. de corps en Fr.*, Paris, 1876; de Holtzendorff, *J. Clunet*, 1876, p. 5; Bluntschli, *Rev. prat*, 1876, XLI, p. 305.

modes dans lesquels le domicile a une certaine influence. Et, à vrai dire, on ne voit pas bien quel rapport existe entre les deux choses. Dès lors peu importait que l'unité de domicile des époux fût rompue par la séparation de corps.

En réalité, si la femme mariée ne peut toute seule changer de nationalité, c'est parce qu'elle est soumise à une autorité qui permet à celui qui en est investi d'intervenir dans tous les rapports juridiques où la femme prétend s'engager, quelle que soit leur nature, pécuniaire ou non. L'autorité maritale, conçue comme un moyen d'assurer l'harmonie dans la famille, doit être assez étendue pour prévenir tout ce qui serait susceptible de porter atteinte à son unité, et notamment pour faire obstacle à ce que la femme puisse changer de patrie par un acte de sa seule volonté. Lui dénier cette portée eût été donner à celle-ci la faculté, même lorsqu'elle n'était pas séparée, de se faire naturaliser sans la permission de personne. Mais, si son incapacité sous ce rapport était unanimement admise, elle persistait toute pareille pour la femme séparée de corps, puisque la séparation, sans toucher au principe de l'autorité maritale, ne relevait la femme de son incapacité, avant la loi de 1893, que dans des cas limitativement prévus et seulement pour certains actes, parmi lesquels ne figurait pas le changement de nationalité.

525. A ces conditions de capacité générale, le Français qui acquiert une nationalité étrangère doit joindre une condition de capacité spéciale, lorsque, par son âge, il est encore soumis en France aux obligations du service militaire pour l'armée active. Dans ce cas, c'est-à-dire d'après les explications du rapporteur au sénat de la nouvelle loi [1], si le Français compte encore dans les effectifs de l'armée active ou de la réserve de celle-ci [2], il doit, conformément au N. art. 17-1°, obtenir l'autorisation du gouvernement français; sinon il ne perd pas la nationalité française. Cette disposition, qui est de droit nouveau, permettra d'atteindre ceux qui, pour se soustraire au service militaire, passeraient la frontière et

[1] Rapp. de M. Batbie. *J. off.*, 1886, Sénat, *doc. parl.*, p. 374.
[2] *Contra* : Campistron, n. 167.

iraient se faire naturaliser en pays étranger : s'ils rentraient en France, ils encourraient les pénalités de notre loi militaire [1].

526. En dehors de ce cas, un Français peut, sans l'autorisation du gouvernement, abdiquer la qualité de Français en acquérant une nationalité étrangère, et cette abdication n'entraîne plus pour lui aucune déchéance.

Il en était autrement avant la loi de 1889 et sous l'empire du décret du 26 août 1811 [2], qu'elle a abrogé formellement (art. 6). Ce décret était certainement inconstitutionnel, comme ayant statué sur une matière réservée au législateur; mais, comme il n'avait pas été annulé par le sénat, conformément à ce qu'exigeait la constitution de l'an VIII, on lui avait reconnu en pratique force obligatoire, et il était considéré comme étant encore en vigueur en 1889 [3].

Aux termes de ce décret, le Français du sexe masculin qui sollicitait une naturalisation à l'étranger devait obtenir l'autorisation du gouvernement. L'obtenait-il, il conservait cet avantage de pouvoir succéder en France et y bénéficier de dispositions à titre gratuit, lors même que, en l'absence de convention diplomatique, ses nouveaux compatriotes étaient privés de ces droits (art. 1-3); mais cette faveur s'évanouit avec la loi du 14 juillet 1819, qui les accorda à tous les étrangers en abrogeant les art. 726 et 912. La naturalisation

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 434, n. 9 et 10; Huc, I, n. 291; Beudant, I, n. 41; Despagnet, n. 148; Cogordan, p. 173; Weiss, I, p. 445; Surville et Arthuys, n. 67; Rouard de Card, p. 220 s. — Cpr. Trib. Perpignan, 17 juin 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 939.

(2) Ce décret fut complété par le décret du 9 décembre 1811, les avis du conseil d'Etat des 14-21 janvier 1812 et des 12-22 mai 1812 (ce dernier portant que le décret de 1811 était inapplicable aux femmes naturalisées sans autorisation), et enfin par les décrets des 31 juillet 1812 et 13 août 1813.

(3) Il fut considéré comme tel par divers actes postérieurs : ord. du 8 oct. 1814, ord. du 10 avril 1823, loi de finances du 10 avril 1816, avis du conseil d'Etat du 26 mai 1842. — Dans ce sens : Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 3; Aubry et Rau, 4e édit., I, § 74, p. 267, n. 1 et 2; Demolombe, I, n. 187; Despagnet, n. 148; Cogordan, p. 172; Weiss, I, p. 442, note 2; Fuzier-Herman, art. 17, n. 1; Reverchon, *Rev. crit.*, 1876, VI, p. 78. — Civ. rej., 14 mai 1834, S., 34. 1. 847, D., 34. 1. 245. — Poitiers, 25 juill. 1843, S., 43. 2. 532, D., 43. 1. 400. — *Contra :* Demante, *Rev. étr. et fr. de législ.*, 1840, VII, p. 417. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 67.

était-elle obtenue sans autorisation du gouvernement, elle n'en produisait pas moins son effet et entraînait la perte de la qualité de Français [1], mais elle entraînait aussi avec elle de nombreuses peines et déchéances : confiscation des biens, privation des dotations, des titres de noblesse et des décorations nationales, interdiction de rentrer en France, et enfin incapacité de recueillir par succession ou par donation entre vifs ou testamentaire, dans le cas même où les ressortissants du pays qui avait conféré la naturalisation jouissaient de ces droits en vertu de l'art. 11 C. civ. ou de toute autre disposition (art. 6-11). La situation du ci-devant Français était donc pire que celle d'un étranger ordinaire, à raison de sa désobéissance : s'il ne succédait pas en France notamment, ce n'était pas par application des art. 726 et 912 et par suite de son extranéité, mais à titre de pénalité, comme le prouvait la disposition spéciale et sans restriction du décret, qui eût été totalement superflue si le droit commun avait suffi. Aussi cette incapacité spéciale avait-elle survécu, à notre avis, à l'abrogation des deux articles précités par la loi de 1819, qui ne visait que les étrangers ordinaires [2]. Pour la confiscation, au contraire, elle avait été définitivement abolie par la charte de 1814 (art. 66) [3]. Au demeurant, le décret de 1811 n'est plus qu'un souvenir historique, depuis la loi de 1889, qui l'a abrogé.

527. Telles sont les diverses conditions auxquelles est subordonnée la validité de la naturalisation. Mais ne faut-il

[1] Huc, I, n. 291; Cogordan, p. 173; Weiss, I, p. 443; Surville et Arthuys, *loc. cit.*; de Folleville, n. 396; Reverchon, *Rev. crit.*, 1877, VI, p. 79. — Colmar, 19 mai 1868, S., 68. 2. 245, concl. de M. de la Marsonnière, D., 68. 2. 225, et *Rev. crit.*, 1868, XXXIII, p. 164 s. — Trib. Seine, 23 fév. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 927. — Cf. Labbé, S., 76. 1. 289.

[2] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 270, n. 9; Demolombe, I, n. 188; Duranton, I, n. 180; Despagnet, 2e éd., n. 223; Weiss, I, p. 443, note 2-2°; Fuzier-Herman, art. 17, n. 2 et 3. — Pau, 19 mars 1834, S., 34. 2. 441, D., 35. 2. 38. — Toulouse, 18 juin 1841, S., 41. 2. 417, D., 41. 2. 234. — *Contra* : Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 3; Valette sur Proudhon, I, p. 187. — Paris, 1er fév. 1836, S., 36. 2. 173, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 529.

[3] Aubry et Rau, 4e éd., I, n. 74, p. 269, n. 8; Demolombe, I, n. 188; Despagnet, 2e éd., n. 223; Weiss, I, p. 443, note 2-2°; Cogordan, p. 173; Fuzier-Herman, art. 17, n. 4. —Cf. Foucart, *Dr. admin.*, I, n. 163.

pas encore, par une nouvelle exigence qui viendrait s'ajouter aux précédentes, et pour que cet acte ait toute son efficacité et soit opposable à tous, tenir compte du but dans lequel elle a été recherchée? En d'autres termes, la naturalisation obtenue dans la pensée unique ou prédominante de faire fraude à la loi française et d'arriver, par l'acquisition de la qualité d'étranger, à se soustraire à ses prescriptions ou à ses prohibitions, produit-elle tous ses effets dans notre pays? L'intérêt pratique de cette question de l'expatriation frauduleuse, quoique diminué par l'admission du divorce dans notre droit et l'obligation qui pèse depuis 1889 sur le Français soumis par son âge au service militaire actif de faire autoriser sa naturalisation par le gouvernement, reste assez considérable. On peut supposer encore aujourd'hui, par exemple, que deux époux songent à se rattacher à une nation étrangère pour faire prononcer par ses tribunaux le divorce à raison d'une cause non reconnue par la loi française. Cet intérêt ne doit pas pourtant être exagéré, car il importe de remarquer que la naturalisation, opérant sans effet rétroactif, ne saurait offrir à une personne le moyen d'enlever à une autre, par un changement d'état, les droits acquis que celle-ci possède : vis-à-vis du titulaire de ces droits une naturalisation, même valable, resterait inopposable (1), à plus forte raison une naturalisation frauduleuse.

La question ainsi posée ne laisse pas que d'être délicate. D'un côté, il paraît difficile de limiter le droit d'expatriation que reconnaissent aujourd'hui presque tous les Etats à leurs ressortissants, en subordonnant la légitimité de l'exercice de ce droit à celle des motifs qui l'ont fait exercer : il n'y a pas de fraude, peut-on dire, à user d'une faculté reconnue par la loi elle-même. Comment, d'ailleurs, et d'après quel critérium apprécier si cet usage est ou non légitime (2)? — Il semble,

(1) Cpr. Montpellier, 19 fév. 1900, D., 1901. 2. 25, note de M. Valéry. — Mais cpr. Trib. Seine, 18 juin 1896, et Alger, 13 déc. 1897, D., 1901. 2. 77.

(2) En ce sens, Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Divorce*, § 11; Weiss, I, p. 460; de Folleville, n. 376 s.; Rouard de Card, p. 222 et 223; Fuzier-Herman, art. 3, n. 17; Labbé, *J. Clunet*, 1877, p. 23; E. Lehr, *eod. op.*, 1877, p. 120; L. Renault, *Rev. crit.*, 1882, XI, p. 719.

d'un autre côté, également impossible d'imposer à des juges le respect d'un acte qui a pour fin unique la violation de la loi qu'ils sont chargés d'appliquer, et de leur demander de coopérer à l'exécution de cet acte. Aussi ne saurait-on s'étonner de voir la jurisprudence invoquer la maxime *fraus omnia corrumpit* pour méconnaître une naturalisation obtenue dans de semblables conditions, au moins en tant qu'elle est frauduleuse et qu'elle a pour but d'éluder les règles de notre droit [1].

Et, à tout prendre, cette jurisprudence nous paraît fondée. D'abord, nous sommes assez peu touchés par la difficulté de la tâche qu'elle impose au juge : si la recherche de la fraude est toujours malaisée, il n'est pas plus difficile après tout d'arriver à la découvrir lorsqu'il s'agit d'une naturalisation que lorsqu'il s'agit de tout autre acte : les circonstances peuvent parfois tout au contraire la rendre absolument évidente. Est-il vrai, d'autre part, que l'exercice d'une faculté légale ne puisse jamais devenir frauduleux? Cette affirmation est infiniment trop tranchante : il nous paraît au contraire que cet exercice doit cesser d'être légitime, lorsqu'on le fait servir à la violation d'une prohibition de la loi même qui la consacre; sinon on prête au législateur l'intention absurde de fournir lui-même les moyens d'éluder ses volontés. On dit bien enfin qu'on ne peut pas restreindre le droit d'expatriation, alors qu'il n'est pas limité par la loi. Mais la question est précisément de savoir s'il est assez absolu pour qu'on puisse en user de manière à tourner la loi qui le confère.

On observera, au reste, que cette doctrine resserre la liberté d'expatriation moins que ses adversaires ne le prétendent, et

[1] Civ. cass., 19 août 1874, S., 75. 1. 52, D., 75. 1. 151. — Civ. rej., 19 juill. 1875, S., 76. 1. 289, note de M. Labbé, D., 76. 1. 5, et note. — Paris, 17 juill. 1876, S., 76. 2. 249, note de M. Labbé, D., 78. 2. 1, note de M. Cazalens. — Paris, 30 juin 1877, S., 79. 2. 205, D., 78. 2. 6. — Civ. rej., 18 mars 1878, S., 78. 1. 193, note de M. Labbé, D., 78. 1. 201. — Civ. rej., 26 fév. 1890, S., 93. 1. 126, D., 90. 1. 325. — Montpellier, 19 fév. 1900, D., 1901. 2. 27, note de M. Valéry, *Rev. crit.*, 1904, p. 198 s., avec les observations de M. Surville. — Trib. Seine, 19 juill. 1900, et Paris, 13 mars 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 535. — Paris, 12 mars 1903, S., 1904. 2. 47. — Cpr. Cass. Turin, 21 nov. 1900, S., 1904. 4. 13, *J. Clunet*, 1901, p. 392, note de M. A. Chrétien.

seulement dans la mesure nécessaire pour qu'elle ne serve pas à violer impunément la loi : la naturalisation frauduleuse n'est pas déclarée nulle, elle est seulement destituée de ses effets en tant qu'elle poursuit un but illicite et qu'elle froisse la loi à laquelle elle demande de la respecter. Cette solution nous paraît plus nette que celle des auteurs qui, après avoir repoussé le système de la jurisprudence, exigent tout au moins, pour que la naturalisation soit valable, qu'elle soit « sérieuse », et n'en veulent plus tenir compte, sous prétexte qu'elle n'a été qu'un subterfuge, « lorsque le naturalisé ne profite en aucune façon de sa nationalité nouvelle, soit en revenant aussitôt sur le territoire de son ancienne patrie, soit en reprenant bien vite sa première nationalité » (1). N'est-ce pas oublier ce prétendu principe qu'il n'y a pas de fraude à user d'un droit, et quelle différence établir entre une naturalisation qui n'est pas « sérieuse » et celle que nous qualifions de frauduleuse ?

Il ressort en tout cas de cette discussion que le juge ne saurait se montrer trop réservé dans l'appréciation des intentions du naturalisé, et qu'il ne doit déclarer la naturalisation frauduleuse que lorsque son caractère est nettement établi (2).

528. Quels sont enfin les effets de la dénationalisation des Français ? Quoique examinée à cette place, la solution de cette question s'applique à tous les modes de dénationalisation, pourvu du moins que cette dénationalisation soit véritable, c'est-à-dire qu'elle ne consiste pas en une répudiation proprement dite de la nationalité française qui s'offrait simplement à un individu, hypothèse dont on ne s'occupe pas ici et que la loi de 1889 a eu tort de comprendre parmi les cas de perte de la qualité de Français.

La naturalisation d'un Français à l'étranger (et il en serait de même du bienfait de la loi dont il se prévaudrait pour devenir étranger) n'a pas plus d'effet rétroactif que celle d'un étranger en France : le changement d'état qui en résulte

(1) Despagnet, n. 148, p. 322.

(2) Cf. Huc, I, n. 290; Surville et Arthuys, n. 66; Cogordan, p. 181. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 436 et 437, n. 15 et 16; Le Sueur et Dreyfus, p. 190; Vincent, p. 121.

n'intervient qu'à la date où elle est octroyée et reste sans influence sur les droits antérieurement acquis (1).

Par application de cette règle, le Français qui, avant la loi de 1889, avait été inscrit sur les listes de recrutement et se faisait naturaliser étranger pour échapper au service militaire, s'exposait aux peines de l'insoumission, et pouvait même être incorporé dans l'armée à l'expiration de sa peine, si du moins la naturalisation était reconnue irrégulière. D'après la disposition du N. art. 17-1°, la naturalisation est nulle en ce cas, lorsqu'elle n'a pas été autorisée par le gouvernement (2).

529. De même, puisque la naturalisation ne porte pas atteinte aux droits acquis, celle qui avait été obtenue, en pays étranger, par un époux français ne l'autorisait pas à y demander le divorce, avant le rétablissement de celui-ci dans notre droit en 1884. Vainement eût-il invoqué la faculté qui lui était accordée par son nouveau statut personnel, et le principe de l'art. 3, 3e al. Ce principe était hors de cause, car un individu ne saurait, en se fondant sur les modifications que son état ou sa capacité a subies, revenir sur les effets des actes auxquels il a antérieurement participé : ces effets — dans notre espèce, l'indissolubilité du mariage — sont définitivement déterminés par la loi qui régit l'acte, et il n'est pas au pouvoir d'une des parties, ni directement, ni indirectement, de substituer à cette loi une loi nouvelle de son choix. Il est vrai qu'un changement de législation peut venir rendre possible la rupture des liens conjugaux formés sous l'empire d'une loi qui n'en permettait que le relâchement : mais c'est que le législateur est toujours maître d'accorder pour l'avenir à ceux sur lesquels s'étend son autorité des facultés nouvelles. Il ne peut être permis au contraire à l'une seule des parties qui ont concouru à un acte d'aller puiser, par un changement

(1) Colmet de Santerre, I, n. 49 *bis*, V; Despagnet, n. 148; Cogordan, p. 260; Weiss, I, p. 455; Surville et Arthuys, n. 83; Campistron, n. 189; Rouard de Card, p. 228; Blondeau, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, II, p. 139. — Cf. Lyon, 6 mars 1889, D., 89. 2. 273, note de M. Cohendy. — Civ. cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 451, concl. de M. Desjardins et note de M. Meynial, D., 91. 1. 113 et note. — Besançon, 30 juill. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 370.

(2) Despagnet, n. 148; Cogordan, p. 260; Weiss, I, p. 453.

d'état, dans une autre législation que celle qui régit cet acte, des facultés que celle-ci lui refusait [1].

530. La dénationalisation du Français n'a pas, d'autre part, d'effets collectifs : purement individuelle, elle ne s'étend, lorsqu'elle atteint un chef de famille, ni à sa femme, ni à ses enfants, même mineurs. Cette proposition n'est pas contraire, quoi qu'on ait prétendu, en ce qui touche la femme, à l'art. 19, qui ne dit nullement que la femme doive nécessairement avoir la même nationalité que son mari, d'où il résulterait que toutes les fois que le mari change de nationalité, la femme en change également avec lui : cet article dit seulement que la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari; or ici elle a épousé un Français. Et si l'on est en dehors du texte de l'art. 19, on est aussi en dehors de son esprit [2] : car, s'il est rationnel de supposer que, lorsque la femme épouse un étranger, elle accepte implicitement la nationalité qu'il a lors du mariage, ne serait-il pas déraisonnable de présumer qu'elle entend accepter à l'avance, et les yeux fermés, toute nationalité nouvelle qu'il plaira à son mari d'acquérir par la suite [3]?

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Divorce*, § 11 ; Weiss, I, p. 456 ; Surville et Arthuys, n. 302; Pic, *Mariage et divorce*, p. 240 ; Gabba, *Rev. prat.*, 1876, XLII, p. 378 ; Holtzendorff, *J. Clunet*, 1876, p. 13 ; Labbé, *J. Clunet*, 1877, p. 5 s. ; E. Lehr, *eod. op.*, 1877, p. 119 s. ; Féraud-Giraud, *eod. op.*, 1885, p. 234 ; L. Renault, *Rev. crit.*, 1883, XII, p. 721 ; Chausse, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 691, et 1887, XVI, p. 276. — Req. rej., 16 déc. 1845, S., 46. 1. 100, D., 46. 1. 7. — Civ. rej., 19 juill. 1875, S., 76. 1. 289, note de M. Labbé, D., 76. 1. 5. — Paris, 17 juill. 1876, S., 76. 2. 249 et note, D., 78. 2. 1, note de M. Cazalens. — Paris, 30 juin 1877, S., 79. 2. 205, D., 78. 2. 6. — Civ. rej., 18 mars 1878, S., 78. 1. 193, note de M. Labbé, D., 78. 1. 201. — Rouen, 6 avril 1887, sous cass., S., 90. 1. 145, note de M. Labbé, D., 89. 2. 17, note de M. Cohendy. — Civ. cass., 25 mars 1889, S., 90. 1. 145, concl. de M. Desjardins et note de M. Labbé, D., 90. 1. 227. — Alger, 27 janv. 1892, *J. Clunet*, 1892, p. 662. — Nice, 10 janv. 1894, *J. Clunet*, 1894, p. 132. — Cpr. Montpellier, 19 fév. 1900, D., 1901. 2. 27, note de M. Valéry ; *Rev. crit.*, 1904, p. 198 et s., avec les obs. de M. Surville. — *Contra :* Laurent, *Dr. civ. intern.*, V, n. 167 s. ; Despagnet, n. 269-III ; Reverchon, *Rev. crit.*, 1877, VI, p. 74 ; Olivi, *Rev. de dr. intern.*, 1883, XV, p. 382 ; de Nobele, *J. Clunet*, 1887, p. 583 ; Meynial, S., 95. 2. 89. — Alger, 2 déc. 1893, S., 95. 2. 89, D., 95. 2. 146 et note. — Paris, 12 mai 1893, S., 94. 1. 457, D., 94. 2. 324. — Alger, 19 fév. 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 606. — Trib. Seine, 18 juin 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 842. — Trib. Nice, 9 déc. 1896, *eod. loc.*, 1897, p. 333.

(2) Locré, *Lég.*, IV, p. 393, art. 2, et p. 395 et 396, n. 32.

(3) Aubry et Rau, I, § 74, p. 442, n. 40 et 43 ; Demolombe, I, n. 175 ; Duranton,

531. En ce qui concerne les enfants mineurs ou même simplement conçus lors de cet événement, notre proposition est conforme à la fois aux principes, qui ne permettent pas de faire subir à un individu la perte de sa nationalité à raison d'un acte auquel il reste absolument étranger, et à la déclaration du rapporteur de la loi au sénat, M. Delsol [1], qui, ayant eu occasion de rappeler ces principes, les a présentés comme constants dans notre droit [2]. Cette solution a pourtant été contestée depuis la loi nouvelle, sous ce prétexte que la naturalisation de l'étranger en France bénéficie de plein droit à ses enfants mineurs, et que dès lors il paraîtrait logique de les associer aussi à la dénationalisation de leur auteur. Argumentation fragile, car d'abord les dérogations aux principes ne s'étendent pas par analogie, et ensuite l'analogie n'existe même pas, puisque dans un cas il s'agit d'une faveur au regard de la loi française, et dans l'autre d'une sorte de déchéance. Et enfin, si le législateur de 1889 a voulu augmenter le nombre des ressortissants de la France, notamment en conférant la qualité de Français aux enfants mineurs du naturalisé, il n'a pu être dans sa pensée de le diminuer d'un autre côté, en enlevant cette qualité à ceux qui ne l'ont pas abdiquée personnellement [3].

I, n. 189; Valette sur Proudhon, I, p. 126, note *d;* Marcadé, I, art. 19-II, n. 159; Demante, 2e édit., I, n. 36 *bis;* Laurent, I, n. 387; Huc, I, n. 293; Beudant, I, n. 41; Despagnet, n. 148; Weiss, I, p. 462; Surville et Arthuys, n. 80 *in fine;* Audinet, n. 185; Cogordan, p. 249; de Folleville, n. 553; Campistron, n. 122 et 181; Rouard de Card, p. 229; Le Sueur et Dreyfus, p. 198; Fuzier-Herman, art. 17, n. 34; *J. Clunet*, 1898, p. 702 s. — Req. rej., 16 déc. 1845, précité. — Douai, 3 août 1858, S., 58. 2. 513, note de M. Le Gentil, D., 58. 2. 218. — Civ. rej., 19 juill. 1875, précité. — Chambéry, 27 août 1877, S., 78. 2. 15, D., 78. 2. 184. — Rouen, 6 avril 1887, précité. — *Contra* : Alauzet, n. 28; Mailher de Chassat, *Tr. des statuts,* n. 193; Fœlix, *Rev. fr. et étr.*, 1843, X, p. 447 s.; Varambon, *Rev. prat.*, 1859, VIII, p. 50.

(1) *J. off.*, 1889, Sénat, *déb. parl.*, p. 666 et 667.

(2) Aubry et Rau, I, § 74, p. 442, n. 41-43; Demolombe, *loc. cit.;* Beudant, I, n. 41; Despagnet, n. 148; Weiss, I, p. 462; de Folleville, n. 544 s.; Alauzet, n. 18 s.; Fuzier-Herman, art. 17, n. 25. — Civ. cass., 3 août 1871, S., 71. 1. 200, D., 71. 1. 242. — Civ. cass., 13 janv. 1873, *J. Clunet*, 1874, p. 245. — Req. rej., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305, note de M. L. Renault, D., 77. 1. 289, concl. de M. Godelle et note. — Req. rej., 7 janv. 1879, S., 80. 1. 271, D., 79. 1. 111. — *Contra :* Robillard, p. 123; Duvergier, S., 32. 2. 641; Fœlix, *loc. cit.*, p. 446.

(3) Despagnet, n. 148; Weiss, I, p. 463; Surville et Arthuys, n. 78-I; Cogordan, p. 249; Campistron, n. 181; Rouard de Card, p. 230; Le Sueur et Dreyfus, p. 249;

SECONDE CAUSE. — *Conservation, malgré la défense du gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.*

532. D'après l'art. 17-2° C. civ. la qualité de Français se perdait « par l'acceptation, non autorisée par le roi, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ». Aux termes du N. art. 17-3°, perd seulement cette qualité : « *Le Français qui, ayant accepté des fonctions publiques con-* » *férées par un gouvernement étranger, les conserve nonobs-* » *tant l'injonction du gouvernement français de les résigner* » *dans un délai déterminé.* »

Ainsi, d'après le code civil, le simple fait, par un Français, d'avoir accepté, sans autorisation du gouvernement, des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, entraînait de plein droit sa dénationalisation, et l'exposait par surcroît aux peines et déchéances prononcées par le décret du 26 août 1811 contre le Français naturalisé sans autorisation (art. 25 du décret). Que s'il avait continué à exercer ses fonctions en temps de guerre, il encourait de plus les peines édictées par le décret du 6 avril 1809, soit la confiscation de ses biens et la mort civile. L'autorisation elle-même qui avait pu lui être accordée, si elle lui permettait de conserver sa nationalité et le relevait des déchéances du décret de 1811, le laissait sous le coup du décret de 1809, s'il ne rentrait pas en France lorsque celle-ci était en guerre avec le pays qu'il servait (art. 22 du décret de 1809, et 18 du décret de 1811). On avait donc considéré, en principe, comme incompatibles les devoirs du Français envers sa patrie et ses obligations comme fonctionnaire étranger, et le gouvernement seul était appelé à rechercher si, en fait, les uns et les autres n'étaient pas conciliables [1].

533. Moins rigoureux, le législateur de 1889 n'attache la

Vincent, p. 187 s. — *Contra :* Cohendy, *Le Droit,* 2-3 nov. 1889. — Nancy, 18 nov. 1891, D., 92. 2. 48 et note. — Amiens, 13 juill. 1899, *J. Clunet,* 1902, p. 837. — Ces principes ont cependant reçu certaines atteintes de traités conclus par la France avec des puissances étrangères : cf. Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 444, n. 44; Despagnet, *loc. cit.;* Campistron, n. 182; Rouard de Card, p. 231, note 1.

[1] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 271 ; Demolombe, I, n. 180; Despagnet, 2e éd., n. 230 ; Cogordan, p. 292 ; Weiss, I, p. 475 ; Surville et Arthuys, n. 97.

perte de la qualité de national qu'au refus d'obtempérer à l'injonction du gouvernement français de résigner la fonction dans un délai déterminé. C'est en effet bien souvent servir deux fois la France que la servir auprès d'une puissance étrangère, et développer par là sa sphère d'influence. Ce n'est que si le Français trahit les intérêts de sa patrie, que le gouvernement le mettra en demeure d'avoir à opter entre elle et le pays au service duquel il s'est mis. Il restera Français s'il a résigné sa fonction dans le délai qui lui a été imparti; dans le cas contraire il cessera de l'être du jour de l'expiration de celui-ci, et non plus, comme autrefois, du jour même de l'acceptation de la fonction (1).

534. Mais à quelles conditions notre disposition est-elle applicable ? Sur ce point, le vague presque inévitable de la formule employée laisse place à de nombreuses difficultés.

Le Français, supposé capable de changer de nationalité (2), doit d'abord être investi de la fonction par un gouvernement étranger régulier : un pouvoir insurrectionnel ne compte pas au regard des autres pays (3).

535. Cette fonction doit ensuite être publique. Mais quand l'est-elle précisément ? La doctrine ne procède à cet égard que par voie d'énumération, et les décisions de la jurisprudence ne sont guère que des décisions d'espèces. C'est qu'il s'agit surtout d'une question de fait, du ressort du juge, lequel doit tenir compte, pour la résoudre, de l'objet de la fonction, de l'émolument qui y est attaché, du mode de nomination, de la situation qu'occupe le titulaire dans la hiérarchie administrative, de la prestation de serment qui lui est imposée, etc. Sera certainement publique, ainsi qu'on le répète, toute fonction qui implique une participation à l'exercice de la puissance publique (fonction politique, administrative, judiciaire), ou mieux (car peut-on dire, par exemple, qu'un professeur d'Université d'Etat participe à l'exercice de la puis-

(1) Huc, I, n. 291; Cogordan, p. 293; Weiss, I, p. 476; Surville et Arthuys, n. 97.

(2) Weiss, I, p. 468.

(3) Aubry et Rau, I, § 74, p. 437, n. 18; Despagnet, n. 149; Cogordan, p. 293; Weiss, I, p. 469; Rouard de Card, p. 234.

sance publique ?) toute fonction instituée dans un but d'intérêt général. Ne sera pas publique, au contraire, toute autre fonction, à quelques conditions que l'exercice en soit assujetti par l'Etat. Ainsi le ministre d'un culte doit être ou non considéré comme onctionnaire, suivant que l'église à laquelle il appartient n'est pas ou est séparée de l'Etat dans le pays où il exerce son sacerdoce. Ainsi encore un avocat, un médecin, un professeur, un architecte exercent ou non une fonction publique, suivant qu'ils l'exercent ou non à un titre officiel (1).

536. Toutefois, sur un double point, la disposition que nous analysons a été complétée par deux actes qui semblent d'ailleurs s'être quelque peu écartés du fondement sur lequel elle repose. D'une part, un décret du 7 janvier 1808 l'a déclarée applicable aux Français nommés évêques *in partibus infidelium,* à raison de leur nomination par le Saint-Siège (2). D'autre part, un avis du conseil d'Etat des 14-21 janvier 1812, que la plupart des auteurs (3) considèrent comme ayant perdu sa force obligatoire depuis l'abrogation du décret du 26 août 1811, qu'il avait pour but d'interpréter, a décidé que le fait d'avoir pris du service auprès de la personne ou d'un des membres de la famille d'un souverain étranger, ou d'avoir accepté de lui un titre héréditaire, entraînait la perte de la qualité de Français (4). Le conseil d'Etat semble à cet égard avoir plutôt fait la loi qu'il ne l'a interprétée.

(1) Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Français,* § 1, n. 3; Aubry et Rau, I, § 74, p. 437 et 438, n. 19-22; Demolombe, I, n. 180; Laurent, I, n. 379-381; Beudant, I, n. 41, p. 73; Despagnet, n. 149; Cogordan, p. 293; Weiss, I, p. 470; Surville et Arthuys, n. 97; de Folleville, n. 452; Campistron, n. 173; Rouard de Card, p. 232 s.; Fuzier-Herman, art. 17, n. 35 s. — Req. rej., 30 pluviôse an XIII, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 542. — Civ. rej., 17 nov. 1818, S., 19. 1. 197, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 536. — Montpellier, 12 juill. 1826, S., 27. 2. 227, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 451. — Req. rej., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 937, D., 36. 1. 451. — Douai, 12 nov. 1844, D., 45. 4. 268, P., 46, II, 168. — Paris, 23 juin 1859, S., 60. 2. 261, D., 60. 2. 213. — Aix, 11 juin 1890, *Rev. prat. dr. intern. pr.*, 1890-91, 1, p. 74. — Paris, 12 mai 1891, *J. Clunet,* 1891, p. 1221.

(2) Despagnet, *loc. cit.;* Cogordan, p. 294; Surville et Arthuys, *loc. cit.* — Cf. Weiss, I, p. 472.

(3) Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, I, p. 469; Surville et Arthuys, p. 120, note 2; Cogordan, p. 293; Campistron, n. 173; Rouard de Card, p. 233. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 74, p. 438, n. 19.

(4) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 271, n. 13; Demolombe, I, n. 180; Surville et Arthuys, n. 97. — Civ. rej., 14 mai 1834, S., 34. 1. 847, D., 34. 1. 245.

TROISIÈME CAUSE. — *Fait de prendre du service militaire à l'étranger, sans autorisation du gouvernement français.*

537. Perd la qualité de Français : « *Le Français qui, sans* » *autorisation du gouvernement, prend du service militaire à* » *l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Fran-* » *çais qui se soustrait aux obligations de la loi militaire.* » Ainsi s'exprime le nouvel art. 17-4°. L'ancien art. 21, 1er al., du code civil n'en différait qu'en ce qu'il assimilait à ce fait l'affiliation à une corporation militaire étrangère. Mais cette disposition a paru sans objet au législateur de 1889, les ordres de chevalerie qu'elle visait, comme l'ordre de Malte, n'existant guère plus que de nom de nos jours, lorsqu'ils n'ont pas complétement disparu.

538. Par son enrôlement dans une armée étrangère, le Français s'expose à porter les armes contre son pays, et par là, qu'il le veuille ou non, il rompt avec la France, à moins que le gouvernement, seul en position d'apprécier les motifs et les conséquences de son engagement, ne l'ait préalablement autorisé.

Et ce n'est pas tant, selon nous, à titre de pénalité civile, que la loi lui retire la nationalité française, que parce que sa nouvelle situation est exclusive des devoirs auxquels il était obligé envers le pays et que dès lors il doit être réputé, par une présomption qui n'admet pas, en principe, de preuve contraire, avoir voulu s'en séparer. Son intention d'abdiquer la nationalité française n'a donc pas à se manifester, et elle ne pourrait même pas utilement le faire : elle résulte, par la force des choses, de son entrée dans une armée étrangère dans laquelle la loi n'admet pas, normalement, qu'il puisse servir en restant Français.

L'autorisation du gouvernement doit, d'après les termes mêmes de l'art. 17-4°, précéder l'engagement sous peine d'être inopérante, car elle ne peut qu'empêcher de perdre la nationalité française, et non la restituer en dehors des conditions de l'art. 21 (1).

(1) Despagnet, n. 152; Weiss, I, p. 492; Rouard de Card, p. 237 et 238. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 74, p. 440, n. 34. — Cf. Demolombe, I, n. 185.

Elle doit, en second lieu, être expresse : elle est accordée, moyennant le paiement d'un droit fiscal [1], par un décret du Chef de l'Etat, rendu sur la proposition du ministre de la justice et inséré au *Bulletin des lois* [2].

Toutefois, par une pratique plus bienveillante que légale, ni l'une ni l'autre de ces conditions ne sont, en fait, exigées rigoureusement, et on a induit parfois l'autorisation du gouvernement d'une simple permission émanée du ministre de la guerre avant l'engagement, ou même, ce qui est encore plus difficilement admissible, de la nomination ultérieure à une fonction publique en France [3].

539. A défaut d'autorisation, la dénationalisation est encourue. Antérieurement à **1889**, elle était encore aggravée par les déchéances que prononçait le décret du **26** août **1811** (art. 25).

Mais trois conditions sont nécessaires pour que la qualité de Français soit perdue.

1° Le Français doit être capable de changer de nationalité, car, dans le cas contraire, il ne peut pas plus renoncer à sa qualité indirectement que directement. Le service que prendrait un mineur à l'étranger ne lui ferait donc pas perdre sa nationalité. Vainement objecterait-on que cette perte est encourue à titre de peine et qu'il suffit dès lors, pour qu'elle atteigne le mineur, qu'il ait agi avec discernement, car la dénationalisation ne semble pas être une pénalité véritable, mais résulter d'une renonciation tacite et forcée, et d'une interprétation de volonté que la loi présume souverainement. Or précisément, procédant d'un fait volontaire, elle ne saurait émaner d'un mineur, dont la volonté à cet égard reste inefficace [4].

(1) Loi du 28 avril 1816, art. 55.

(2) Ordonnance du 8 oct. 1814. — Cogordan, p. 297 ; Weiss, I, p. 490.

(3) Paris, 8 fév. 1845, sous Cass., S., 47. 1. 360, D., 45. 4. 167. — Amiens, 24 janv. 1849, S., 49. 2. 587, D., 49. 2. 71. — Cf. Toulouse, 1er août 1851, S., 52. 2. 237, D., 53. 2. 10. — Trib. Seine, 23 mai 1878, *J. Clunet*, 1878, p. 506. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, I, n. 185; Fuzier-Herman, art. 21, n. 13 s.

(4) Aubry et Rau, I, § 74, p. 439, n. 28 ; Demolombe, I, n. 185-1° ; Beudant, I, n. 41, p. 74; Despagnet, n. 152 ; Weiss, I, p. 478 ; Surville et Arthuys, p. 121, note 1; Audinet, n. 199, et *Rev. crit.*, 1891, XX, p. 32 ; Rouard de Card, p. 239; Cogordan, p. 301 ; Fuzier-Herman, art. 21, n. 7 s. — Metz, 25 avril 1849, S., 49. 2. 310, D., 49. 2. 120. — Metz, 10 juill. 1849, S., 50. 2. 275, D., 52. 2. 6. — Pau, 22 juin 1892,

Notre proposition ne cesserait pas d'être vraie dans le cas même où le mineur continuerait à servir après sa majorité. Peut-on vraiment dire, comme on l'a soutenu, que ce fait équivaut à un nouvel engagement, alors que la rupture de celui qui lie le soldat l'exposerait aux peines les plus graves? C'est tout au plus, à notre avis, s'il tomberait sous le coup de l'art. 17-4°, lorsqu'il lui a été légalement possible de se dégager à sa majorité (1).

540. 2° Le Français doit prendre du service dans une armée étrangère régulière.

Il importe peu d'abord que ce soit par voie d'engagement proprement dit ou par voie de soumission à la loi étrangère sur le recrutement, à moins cependant que le Français n'ait ignoré sa véritable nationalité, et n'ait pas pu songer, par suite, pour se soustraire à cette loi, à exciper de son extranéité, auquel cas, semble-t-il, la troisième condition ferait défaut. Et il semble bien qu'elle ferait défaut pareillement si l'incorporation n'était que la conséquence d'un fait volontaire qui aurait eu pour résultat de conférer au Français une nationalité étrangère, sans lui faire perdre par lui-même, aux yeux de notre loi, la qualité de Français, par exemple si sa naturalisation était nulle à raison de son incapacité : il ne saurait dépendre alors de celui-ci de se soustraire à l'appel sous les drapeaux, et la suite nécessaire d'un fait nul au regard de notre loi ne saurait produire plus d'effet que ce fait lui-même (2).

S., 93. 2. 121 et note, D., 94. 2. 179. — Trib. Seine, 10 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 115. — *Contra :* de Folleville, n. 478; Le Sueur et Dreyfus, p. 195. — Trib. Blidah, 7 avril 1887, *J. Clunet*, 1889, p. 111. — Trib. Seine, 17 juill. 1894, D., 95. 2. 393, et note.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 439, n. 29; Despagnet, n. 152; Cogordan, p. 301; Gilard, p. 305; Pillet, note S., 93. 2. 65. — Metz, 25 avril et 10 juill. 1849, précités. — Douai 9 juill. 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 112. — Cpr. Surville et Arthuys, *loc. cit.* — *Contra :* Weiss, I, p. 480. — Trib. Grenoble, 18 mai 1894, D., 97. 2. 34, note *d*. — Paris, 30 juin 1896, sous Cass., S., 97. 1. 305, note de M. Pillet, D., 97. 2. 33, note de M. Fauchille. — Circ. du min. de l'intérieur aux préfets, du 1er mai 1862, D., 62. 3. 78. — Cf. civ. rej., 26 fév. 1890, S., 93. 1. 126, D., 90. 1. 325.

(2) Despagnet, n. 152. — *Contra :* Weiss, I, p. 481. — Paris, 21 fév. 1889, sous Cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 449, concl. de M. Desjardins, D., 89. 2. 273, note de M. Cohendy.

Il est également indifférent que le Français soit soumis à un service effectif ou qu'il soit dispensé, à un titre quelconque, du service en temps de paix, s'il reste à la disposition de l'autorité militaire étrangère et n'a pas seulement participé aux opérations du recrutement (1).

541. Mais il est nécessaire que l'armée étrangère dont le Français fait partie soit une armée régulière, c'est-à-dire au service de l'Etat et chargée de le défendre contre les entreprises des ennemis de l'extérieur (2). L'enrôlement dans une milice locale ou une garde bourgeoise, destinées à assurer le maintien de l'ordre au dedans (3), dans une bande d'insurgés ou dans les troupes d'un des partis qui se disputent le pouvoir (4), ou enfin dans un corps de volontaires formé en temps de guerre civile pour protéger les personnes et les biens des neutres (5), ne rentre donc pas dans les termes de notre disposition. Bien plus, il a été décidé que l'assistance temporaire prêtée par un Français à un gouvernement étranger, dans les rangs d'une armée régulière chargée de réduire une insurrection, ne rentrait pas non plus dans les prévisions de l'art. 17-4° (6) : loin en effet de trahir son pays, le Français

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 440 n. 31 ; Weiss, I, p. 483. — Paris, 21 fév. 1889, précité. — Cf. Paris, 7 juill. 1865, *Gaz. des Trib.*, 13 juill. — Trib. Avesnes, 8 avril 1881, *La Loi*, 29 oct.

(2) Trib. Seine, 10 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 115.

(3) Aubry et Rau, I, § 74, p. 440, n. 32 ; Demolombe, I, n. 185-3° ; Beudant, I, n. 41, p. 74 ; Despagnet, n. 152 ; Weiss, I, p. 484 ; Surville et Arthuys, n. 99 ; Cogordan, p. 298 ; de Folleville, n. 481 *bis* s. ; Campistron, n. 174 ; Rouard de Card, p. 238 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 195 ; Fuzier-Herman, art. 21, n. 1 s. — Bordeaux, 14 mars 1850, S., 52. 2. 561, D., 53. 2. 178. — Cpr. Paris, 21 fév. 1889, sous Cass., S., 91. 1. 449, D., 89. 2. 273.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 440, n. 33 ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* — Toulouse, 13 juin 1841, S., 41. 2. 417, D., 41. 2. 234. — Req. rej., 2 fév. 1847, S., 47. 1. 280. — Bastia, 27 déc. 1875, S., 76. 2. 66, D., 76. 2. 203. — Req. rej , 20 fév. 1877, S., 78. 1. 117, D., 78. 1. 26.

(5) Civ. rej., 30 avril 1890, S., 91. 1. 228, D., 92. 1 363.

(6) Despagnet, *loc. cit.* ; Weiss, I, p. 485 ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; Cogordan, p. 298 ; Ed. Clunet, *J. Clunet*, 1889, p. 73 ; Fauchille, Note, D., 97. 2. 33. — Req. rej., 2 fév. 1847, précité. — Validation de l'élection, comme député du Var, de M. Cluseret, 4 fév. 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 73. — Cf. sur la situation des zouaves pontificaux, Weiss, I, p. 487 ; Circ. du min. de l'intérieur du 1er mai 186?, D., 62. 3. 77. — Trib. Draguignan, 31 janv. 1888, *Pand. fr. pér.*, 88. 2. 78. — Chambéry, 28 juin 1892, S., 93. 2. 65, note de M. Pillet.

peut lui gagner ainsi par sa vaillance des sympathies durables et qui parfois préparent des alliances.

542. 3° Il faut enfin que l'incorporation soit volontaire, la manifestation de volonté pouvant d'ailleurs être expresse ou tacite. La dénationalisation ne se produirait donc pas si le Français n'avait fait que céder à la contrainte exercée sur lui par un gouvernement étranger, soit en vertu des stipulations d'un traité par lequel la France est liée envers celui-ci, soit parce que ce gouvernement compte lui-même au nombre de ses ressortissants cet individu, qui est d'autre part considéré comme Français en France (1). C'est ce qui a été jugé pour des Alsaciens-Lorrains restés Français et appelés cependant à servir dans l'armée allemande (2).

Et il nous semble pareillement que le Français ne cesserait pas de l'être s'il avait, par suite d'une erreur de fait, ignoré qu'il eût cette qualité, auquel cas il lui aurait été impossible de s'en prévaloir pour échapper au service militaire à l'étranger, et on ne pourrait pas dire que c'est volontairement qu'il s'y est soumis (3).

QUATRIÈME CAUSE. — *Mariage d'une Française avec un étranger.*

543. Aux termes du nouvel art. 19-1er al. : « *La femme » française qui épouse un étranger suit la condition de son » mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la natio- » nalité de son mari, auquel cas elle reste Française.* » L'ancien art. 19 du code civil différait du nouveau en ce qu'il ne

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 439, n. 27 ; Despagnet, n. 152 ; Cogordan, p. 301 ; Weiss, I, p. 481 ; Campistron, n. 174 ; Rouard de Card, p. 236 et 237. — Trib. Seine, 19 juill. 1884, *J. Clunet*, 1885, p. 92. — Trib. Seine, 27 juill. 1897, D., 97. 2. 518. — Cpr. Pau, 22 juin 1892, S., 93. 2. 121 et note, D., 94. 2. 179. — Trib. Seine, 17 juill. 1894, D., 95. 2. 393. — Chambéry, 9 fév. 1898, *J. Clunet*, 1901, p. 793. — Trib. Marseille, 22 nov. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 834. — Aix, 25 juin 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 363. — Req. rej., 25 juin 1902, *J. Clunet*, 1904, p. 928. — Besançon, 30 juill. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 370. — Pau, 15 juin 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 943. — Trib. Perpignan, 17 juin 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 959. Req. rej., 13 juin 1904, S., 1905. 1. 317.

(2) Trib. Orléansville, 29 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 1887. 2. 78. — Trib. Lunéville, 28 mai 1889, *J. Clunet*, 1890, p. 936.

(3) Surville et Arthuys, p. 121, note 1. — Cpr. Trib. Seine, 17 juill. 1894, précité, et note. Ce jugement a statué sur une prétendue erreur de droit. — Cf. *supra*, n. 540.

contenait pas cette réserve finale. Il en résultait que, lorsqu'une Française épousait un étranger relevant d'un pays qui, comme l'Angleterre avant le statut du 6 août 1844, refusait en ce cas à la femme la nationalité du mari, elle perdait la qualité de Française sans compensation : il était en effet au-dessus du pouvoir de notre législateur de lui conférer la nationalité de l'étranger qu'elle épousait, alors que la loi de cet étranger s'y opposait. Et cependant cette femme, qui avait cessé d'être Française partout, devait être considérée, du moins en France, comme investie de la nationalité de son mari, malgré la loi de celui-ci (1). La bizarrerie de ce résultat n'était pas, à notre avis, une raison suffisante pour éluder, comme le faisaient certains auteurs, la lettre si claire de l'ancien art. 19 : « la femme suit la condition de son mari. » Elle ne l'aurait pas suivie évidemment si, comme ils le voulaient, elle avait dû être traitée comme une étrangère sans nationalité certaine, puisque son mari, par hypothèse, se rattachait à une patrie déterminée.

544. Quoi qu'il en soit, le N. art. 19 a été mis en harmonie avec les principes, et la femme ne cesse d'être Française que si elle prend, d'après la loi de son mari, la nationalité de celui-ci (2). Cette disposition n'étant, au reste, que la contrepartie de l'art. 12, qui prévoit le mariage d'une étrangère avec un Français, il y aurait lieu de répéter ici *mutatis mutandis* tous les développements qui ont été présentés à cette occasion : il y a donc lieu de s'y reporter. On sait déjà que les changements de nationalité qui se produisent en la personne du mari postérieurement au mariage restent sans influence sur la nationalité de la femme (3).

(1) Demolombe, I, n. 183 ; Fuzier-Herman, art. 19, n. 1. — Colmet-Daage, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1844, XI, p. 401 ; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1885, p. 239. — *Contra :* Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 155 ; Marcadé, I, art. 19-I, n. 158 ; de Folleville, n. 467 ; Weiss, I, p. 517. — Cf. Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 272 ; Huc, I, n. 293 ; Despagnet, n. 151 ; Surville et Arthuys, n. 48 ; Cogordan, p. 279.

(2) Cf. Aix, 14 déc. 1891, sous Cass., S., 95. 1. 449, note de M. Pillet, D., 94. 1. 11. — Trib. Seine, 13 déc. 1898, *J. Clunet*, 1902, p. 578. — Trib. Seine, 3 mai 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 366. — Cpr. aussi Trib. Nantes, 28 nov. 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 590, pour la femme qui épouse un *heimathlose*.

(3) Cf. Aubry et Rau, I, § 74, p. 440 et 441 ; Demolombe, I, n. 183 et 184 ; Laurent, I, n. 385-387 ; Huc, I, n. 293 ; Despagnet, n. 151 ; Weiss, I, p. 518 s. ; Sur-

CINQUIÈME CAUSE. — *Trafic ou possession d'esclaves.*

545. La qualité de Français se perd par le trafic ou même par la simple possession d'esclaves en pays étranger. Cette déchéance parut devoir compléter l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises aux auteurs du décret du 27 avril 1848, dont l'art. 8 est ainsi conçu : « *A l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer soit directement, soit indirectement à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen français. Néanmoins les Français qui se trouvent atteints par ces prohibitions au moment de la promulgation du présent décret, auront un délai de trois ans pour s'y conformer. — Ceux qui deviendraient possesseurs d'esclaves en pays étranger par héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les affranchir ou les aliéner dans le même délai à partir du jour ou la possession aura commencé.* »

Pour donner plus de temps aux propriétaires d'esclaves, la loi du 11 février 1851 porta à dix ans le délai de trois ans qui leur était octroyé par le décret. Mais à l'expiration de ce délai fut rendue, à la date du 28 mai 1858, une loi dont l'article unique est ainsi conçu : « *Le paragraphe 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 est modifié ainsi qu'il suit : Le présent article n'est pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la possession est antérieure au 27 avril 1848, ou résulterait soit de succession, soit de donation entre vifs ou testamentaire, soit de conventions matrimoniales.* » Il y avait, paraît-il, en Amérique, 20.000 Français qui aimaient mieux perdre leur qualité de Français que leurs esclaves : il a fallu leur permettre de les conserver pour leur maintenir cette qualité.

Ces dispositions sont encore en vigueur dans notre droit, car, lors de la discussion de la loi de 1889, la Chambre des députés, à raison de la rareté même de leur application, a

ville et Arthuys, n. 80 ; Cogordan, p. 278 et 279 ; Campistron, n. 175 ; Renard de Card, p. 240 s. ; Fuzier-Herman, art. 19, n. 2 s. ; et *supra*, n. 423 s.

refusé de s'associer au vote d'abrogation émis par le Sénat, qui pensait, non sans motifs, qu'elles ne pouvaient avoir pour résultat que d'augmenter le nombre des *heimathlosen* (1).

546. Telles sont les seules causes qui, dans notre droit actuel, fassent perdre la qualité de Français. Ainsi :

1° Cette perte ne résulte plus, depuis la loi de 1889, comme elle résultait sous l'empire de l'art. 17-3° C. civ., de « tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour ». Le silence de la loi nouvelle et les déclarations faites lors de sa discussion prouvent que cette cause de dénationalisation a été supprimée (2). Elle l'a été à la fois parce qu'elle était d'une application délicate, qu'elle contribuait à accroître le nombre des individus sans patrie, et qu'enfin elle aboutissait souvent à priver de leur nationalité des Français qui, quoique établis à l'étranger, à la suite de circonstances parfois indépendantes de leur volonté, servaient beaucoup plus utilement la France par leur activité économique ou par leurs talents que s'ils étaient restés dans leur patrie, à laquelle ils avaient conservé le même attachement (3).

La loi nouvelle n'a pas replacé sous l'allégeance de la France ceux qui en étaient sortis pour cette cause avant sa mise en vigueur : ainsi l'exige le principe de non-rétroactivité (4). Il est donc utile de montrer ici comment ce mode de perte de la nationalité était régi par le Code civil.

547. Cette perte résulte, d'après le code, de la réunion de deux circonstances :

1° Un établissement en pays étranger, c'est-à-dire le fait, par un Français, d'aller résider à l'étranger, quel que soit

(1) Cf. Aubry et Rau, I, § 74, p. 441, n. 39; Weiss, I, p. 493; Surville et Arthuys, n. 99; Cogordan, p. 303; Rouard de Card, p. 210, 211, 243 s. — Grenoble, 20 juin 1891, *J. Clunet,* 1891, p. 1232. — Trib. Mascara, 6 fév. 1895, S., 1903. 2. 97, et note, D., 95. 2. 481 et note. — Trib. Seine, 13 janv. 1898, *J. Clunet,* 1898, p. 549. — Alger, 19 janv. 1898, S., 1903. 2. 97, D., 98. 2. 64. — Cf. cette décision en ce qui concerne le caractère de simple déchéance de cette dénationalisation, ses conséquences, et le droit d'action du ministère public.

(2) Trib. Tunis, 17 juin 1895, *J. Clunet,* 1899, p. 119.

(3) Cf. Cogordan, p. 291; Weiss, I, p. 497.

(4) Rennes, 7 avril 1891, *Rev. prat. de dr. intern. priv.,* 1890-91, I, p. 223. — Bourges. 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425, note de M. Pic. — Trib. Seine, 13 janv. 1898, précité — Chambéry, 9 fév. 1898, *J. Clunet,* 1901, p. 793.

le but vers lequel se tourne son activité, et de s'y établir à demeure, et non à titre passager [1] ;

2° L'absence de l'esprit de retour, c'est-à-dire l'intention, chez le Français, de rendre absolument définitif cet établissement durable à l'étranger, quelque velléité d'ailleurs qu'il puisse avoir de conserver la nationalité française. Cet élément est souverainement apprécié par le juge [2].

548. Du reste, conformément aux principes, l'absence de l'esprit de retour ne se présume pas : elle doit être prouvée [3]. On peut l'induire des faits les plus divers : mariage du Français en pays étranger, établissement, comme le disait Pothier, « du centre de sa fortune » ou acquisition de biens dans ce pays, aliénation de ceux qu'il possédait en France, tous faits qui peuvent être décisifs pris isolément, ou ne pas l'être même réunis, et sont susceptibles d'être corroborés par une manifestation expresse de volonté, qui, à elle seule, pour les raisons qui vont être bientôt indiquées, serait inopérante [4].

549. Mais, d'après le code civil, il était un fait sur lequel le juge ne pouvait fonder sa conviction : « Les établissements de commerce, disait l'art. 17-3° dans son 2e alinéa, ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. » Cette disposition, sur le sens de laquelle les interprètes n'étaient pas d'accord, signifiait, non pas, comme certains l'avançaient, qu'une entreprise commerciale était exclusive de l'absence d'esprit de retour — pour quelle rai-

(1) Weiss, I, p. 498.

(2) Req. rej., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 937, D., 36. 1. 451.

(3) Pothier, *Traité des personnes,* part. I, tit. II, sect. 4, n. 62 ; Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 271, n. 17 ; Demolombe, I, n. 181 ; Duranton, I, n. 185 ; Laurent, I, n. 383 ; Weiss, I, p. 502 ; Cogordan, p. 291 ; Fuzier-Herman, art. 17, n. 44 s. — Req. rej., 13 juin 1811, S., 11. 1. 290, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 487. — Req. rej., 7 janv. 1879, S., 80. 1. 271, D., 79. 1. 111.

(4) Cf. Demolombe, I, n. 181 ; Laurent, I, n. 383 ; Cogordan, p. 291 ; Weiss, I, p. 499 ; de Folleville, n. 1046. — Rennes, 1er juin 1832, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 553. — Metz, 9 juin 1852, D., 52. 2. 189. — Colmar, 19 mai 1868, S., 68. 2. 245, D., 68. 2. 225. — Bordeaux, 27 août 1877, S., 79. 2. 105, D., 78. 2. 193. — Trib. Seine, 14 mai 1878, *J. Clunet,* 1879, p. 283. — Trib. Bordeaux, 29 nov. 1882, *J. Clunet,* 1883, p. 296. — Trib. Saint-Palais, 19 janv. 1884, *J. Clunet,* 1885, p. 447. — Bourges, 15 déc. 1896, D., 1902. 2. 425, note de M. Pic.

son lui attribuer ce caractère? —, mais que, par elle seule, elle n'était pas suffisamment démonstrative, ou que le juge n'y devait avoir aucun égard [1] : en d'autres termes, ainsi que le disaient de savants auteurs, si le Français « ne devenait pas étranger comme commerçant, il pouvait le devenir quoique commerçant », à raison de faits indépendants de l'exploitation de son commerce [2].

550. Au surplus cette cause de dénationalisation supposait un Français capable d'abdiquer sa nationalité. Elle était donc inapplicable pour des motifs déjà déduits, à la femme séparée qui ne s'était pas munie de l'autorisation de son mari ou de justice. Et elle ne produisait que des effets individuels, non seulement par application du droit commun, mais encore à raison même de l'élément intentionnel qu'elle exigeait [3].

551. 2° La perte de la qualité de Français ne peut pas résulter non plus d'une abdication expresse [4]. Il semblerait pourtant, au premier abord, que le contraire dût être admis. Cette perte, dans tous les cas que nous avons étudiés, est le résultat d'une abdication tacite : or l'abdication expresse paraîtrait devoir produire un effet au moins aussi puissant. Aussi le projet du code civil la faisait-il figurer parmi les causes de dénationalisation. Mais le conseil d'Etat se ravisa et elle disparut de la rédaction définitive [5]. C'est à juste titre, car, à y réfléchir un peu, on trouve qu'une renonciation expresse à la nationalité, loin d'être plus significative qu'une répudiation implicite, l'est beaucoup moins. Les faits ont ici plus d'éloquence que les paroles : la renonciation formelle peut être le résultat d'un mouvement irréfléchi, tandis que les faits d'où

(1) Cf. Boulay, *Exp. des motifs,* Locré, *Lég.,* II, p. 228, n. 23.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 74, p. 272, n. 19 ; Demante, 2e éd., I, n. 34 *bis,* II ; Laurent, I, n. 384; Despagnet, 2e éd., n. 231 ; Weiss, I, p. 501 ; Surville et Arthuys, n. 96; Cogordan, p. 292; de Folleville, n. 464. — Bordeaux, 25 mars 1885, *Journ. des arrêts de Bordeaux,* 1885. 1. 335. — Trib. Bourges, 12 nov. 1896, sous Bourges, 15 déc. 1896, précité. — Cf. Demolombe, I, n. 182. — Bordeaux, 27 août 1877, précité.

(3) Weiss, I, p. 502; de Folleville, n. 465.

(4) Aubry et Rau, § 74, p. 436, n. 13 ; Demolombe, I, n. 179; Beudant, I, n. 41, p. 72 ; Laurent, I, n. 382 ; Weiss, I, p. 429 ; Cogordan, p. 292; de Folleville, n. 374.

(5) Locré, *Lég.,* II, p. 82, art. 13, et p. 211, n. 6.

la loi induit l'abdication tacite supposent une volonté fermement arrêtée chez leur auteur. Il fallait d'ailleurs éviter que des nationaux qui se proposent de rester dans leur patrie et d'y jouir de toutes les ressources de son sol, fussent tentés de renoncer à leur qualité pour se soustraire aux charges qu'elle entraîne, et en tout cas qu'ils allassent grossir ainsi, par une simple répudiation qui ne leur aurait fait acquérir aucune nationalité nouvelle, le nombre des individus sans nationalité.

§ IV. *De la réintégration dans la qualité de Français.*

552. Il est naturel, à raison même de leur ancienne qualité, qui les distingue des étrangers ordinaires, de faciliter, en principe, aux ci-devant Français, l'acquisition de la nationalité qui leur a autrefois appartenu (1).

Aussi, dans notre ancienne France, par une sorte de souvenir du *jus postliminii*, qui, avec l'*in integrum restitutio* dans certaines hypothèses, rétablissait à Rome un citoyen dans tous ses droits (2), Pothier (3) relevait-il « une différence entre les étrangers et les Français expatriés, qui est que les Français recouvrent les droits de régnicoles, en revenant dans leur patrie, avec dessein d'y fixer leur demeure; car nous ne pensons pas, disait-il, qu'ils doivent être assujettis, comme le prétendent quelques auteurs, à prendre des lettres de réhabilitation, si ce n'est peut être dans le seul cas où ils se seraient fait naturaliser en pays étranger, pour effacer cette reconnaissance d'un autre souverain que celui de France ». Cette réintégration s'opérait d'ailleurs sans effet rétroactif, en quoi elle différait de celle qui était prononcée par des lettres de déclaration de naturalité, dont on connaît déjà le caractère propre (4).

553. Le code civil, à son tour, avait fait une situation de faveur aux anciens Français qui demandent à rentrer sous

(1) Boulay, *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, II, p. 228, n. 24.

(2) L. 4, D., *De captiv. et de postlim.*, XLIX, 15; L. 1, L. 3 et L. 6, C., *De sentent. passis et rest.*, IX, 51.

(3) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. 4, n. 63.

(4) Cf. Cogordan, p. 307; Weiss, I, p. 570; Rouard de Card, p. 251.

l'allégeance de la France. Mais ses dispositions, déjà gravement altérées par le décret du 26 août 1811, ont été l'objet de très importantes modifications de la part de la loi de 1889. Cette loi distingue trois cas : elle comprend expressément dans une disposition générale, celle de l'art. 18, les Français dénationalisés en vertu d'une des trois causes prévues par l'art. 17-1°, 2° et 3°, et consacre deux dispositions spéciales, l'une au ci-devant Français qui a pris du service militaire à l'étranger (art. 21), l'autre à la femme française qui a perdu cette qualité par son mariage (art. 19).

Premier mode de réintégration (art. 18) : *mode général.*

554. « *Le Français,* dit le N. art. 18 *in pr., qui a perdu sa* » *qualité de Français peut la recouvrer pourvu qu'il réside en* » *France, en obtenant sa réintégration par décret.* »

N'étaient les dispositions des art. 19 et 21, ce texte, conçu en termes absolument généraux, ne comporterait aucune restriction. Il doit donc être appliqué à tous les cas qui ne sont pas spécialement visés par les deux articles précités, c'est-à-dire : 1° aux Français naturalisés à l'étranger en vertu d'une naturalisation proprement dite ou du bienfait de la loi ; — 2° à ceux qui ont décliné la nationalité française dans les hypothèses prévues par les art. 8-4°, 12 et 18 ; — 3° à ceux qui ont conservé des fonctions publiques à l'étranger malgré l'injonction du gouvernement français d'avoir à les résigner ; — 4° à ceux qui ont perdu la qualité de Français à raison du trafic ou de la possession d'esclaves ; — 5° aux Français dénationalisés par suite d'un démembrement, n'eussent-ils pas usé du droit d'option qui leur était réservé. Cette affirmation, particulièrement contestable pour les deux derniers cas, est justifiée par les termes et plus encore par l'esprit de la loi, qui repoussent toute distinction entre ceux dont la dénationalisation a été volontaire et ceux dont la dénationalisation a été forcée : on ne comprendrait pas, en effet, que ceux-ci fussent moins favorisés que ceux-là. Il est vrai qu'il ne dépendait peut-être que des ci-devant Français de rester unis à la France en optant pour elle. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour les priver du bénéfice ordinaire de la

réintégration, au jour où ils sont décidés à revenir à leur ancienne patrie [1].

555. Le ci-devant Français appartenant à l'une des précédentes catégories, et supposé d'ailleurs capable de changer de nationalité [2], n'est réintégré dans la nationalité française que moyennant deux conditions :

1° Il doit résider en France, pour marquer par là qu'il veut désormais avoir d'étroites attaches avec le pays. Il faut en induire, selon nous, malgré le terme « résider », qui n'est pas pris ici dans son sens technique, qu'il ne saurait conserver son domicile à l'étranger [3].

2° Sa réintégration doit être prononcée par un décret du Chef de l'Etat. La demande est faite et instruite identiquement dans les mêmes formes que la demande de naturalisation, et le décret doit être, comme en matière de naturalisation, inséré au *Bulletin des lois* [4].

556. Telle est sur ce point la législation actuelle. Sous l'empire du code civil (ancien art. 18), l'ex-Français recouvrait sa qualité en rentrant en France avec l'autorisation du Chef de l'Etat, et en déclarant qu'il voulait s'y fixer et qu'il renonçait à toute distinction contraire à la loi française. Mais, d'un côté, en pratique le Chef de l'Etat, au lieu d'autoriser seulement le retour en France, conférait directement la nationalité française, de telle sorte que la déclaration était devenue inutile. Et d'un autre côté la disposition de l'art. 18, d'après laquelle le postulant devait renoncer à toute distinction réprouvée par la loi française, et qui était le corollaire de celle qui faisait perdre la qualité de Français pour affiliation à une corporation étrangère « exigeant des distinctions

[1] Aubry et Rau, I, § 75 *bis*, p. 471, n. 53; Beudant, I, n. 41, p. 78; Despagnet, n. 145, p. 309, et n. 155; Weiss, I, p. 582. — *Contra :* Demolombe, I, n. 169; Surville et Arthuys, n. 107; Cogordan, p. 308. — Cf. Campistron, n. 192; Selosse, *Tr. de l'annexion*, p. 387; Alauzet, *op. cit.*, n. 77; Robinet de Cléry, *Rev. crit.*, 1873, II, p. 307; Arnoult, *Rev. gén. d'admin.*, 1879, II, p. 304.

[2] Aubry et Rau, I, § 75, p. 445, n. 4; Beudant, I, p. 64, note 1; Weiss, I, p. 586.

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 445, n. 5; Weiss, I, p. 587. — *Contra :* Rouard de Card, p. 256.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 445, n. 6; Cogordan, p. 308; Weiss, I, p. 588; Campistron, n. 220; Rouard de Card, p. 256.

de naissance » (art. 21), était devenue sans raison d'être depuis que, à la suite du rétablissement des titres nobiliaires en France, ce membre de phrase de l'art. 21 avait été supprimé dans l'édition de 1807. La loi de 1889 n'a donc guère fait, à ces deux points de vue, que consacrer un état de choses établi (1).

Sur un autre point, au contraire, elle a gravement modifié la législation antérieure. Aux termes du décret du 26 août 1811, qui lui-même avait bouleversé l'économie du code civil relativement aux modes de recouvrement de la nationalité française, l'ex-Français qui, sans autorisation du gouvernement, s'était fait naturaliser à l'étranger ou avait accepté des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, ne pouvait plus recouvrer la qualité de Français et les droits dont il avait été privé qu'au moyen de *lettres de relief*, accordées dans la forme de lettres de grâce (art. 12 et 25 du décret). En abrogeant ce décret, le législateur de 1889 a répudié ces sévérités particulières et fait rentrer les cas visés sous l'empire du droit commun, tel qu'il est réglé par le N. art. 18 (2).

557. Quels sont maintenant les effets de la réintégration? L'ex-Français ne recouvre sa qualité que pour l'avenir; il est considéré comme étant resté étranger pendant tout le temps écoulé entre la perte et le recouvrement de la nationalité française. C'est ce que décide l'art. 20, qui vise d'ailleurs aussi des cas d'acquisition de cette nationalité : « *Les individus qui » acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les » art. 9, 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir que pour les » droits ouverts à leur profit depuis cette époque.* » De cette non-rétroactivité de la réintégration il faut déduire que, si l'ex-Français qui a recouvré sa nationalité ne peut pas se prévaloir rétroactivement de sa qualité de Français pour la jouissance des droits dont son extranéité lui avait fait perdre le bénéfice, on ne peut pas, en sens inverse, s'en prévaloir

(1) Demolombe, I, n. 169; Despagnet, 2e éd., n. 237; Laurent, I, n. 393; Cogordan, p. 308; Weiss, I, p. 588.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 274, n. 1 et 3; Demolombe, I, n. 169; Despagnet, 2e éd., n. 237.

contre lui pour le priver des droits qu'il a acquis à la faveur de cette extranéité. Cette solution est tout à la fois logique, juridique et équitable.

558. Du moins le réintégré recouvre-t-il ses droits pour l'avenir dans toute leur plénitude ; sa situation est à cet égard plus favorable que celle du naturalisé, car, aux termes de l'art. 3 dernier al. de la loi du 26 juin 1889, « *les Français* » *qui recouvrent cette qualité après l'avoir perdue, acquièrent* » *immédiatement tous les droits civils et politiques, même* » *l'éligibilité aux assemblées législatives* ».

Comme le naturalisé, au contraire, le réintégré est inscrit sur le tableau de recensement de la première classe dont la formation suit sa reintégration, et il est soumis aux mêmes obligations de service que lui, en vertu de l'art. 12 de la loi du 21 mars 1905.

559. Enfin la réintégration a, en principe, les mêmes effets collectifs que la naturalisation. N'est-ce pas, du reste au fond, une sorte de naturalisation, dispensée, par privilège, des conditions ordinaires de stage, à raison de la qualité même de ceux qui en profitent? « *La qualité de Français* » dit l'art. 18, *pourra être accordée par le même décret* (le » décret de réintégration) *à la femme et aux enfants majeurs,* » *s'ils en font la demande. Les enfants mineurs du père ou* » *de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que,* » *dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette* » *qualité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8,* § 4. » On ne pourrait que répéter ici ce qui a déjà été dit au sujet de la naturalisation (1).

On remarquera toutefois que, différent en ce point de l'art. 12, l'art. 18 n'accorde pas expressément à la femme et aux enfants majeurs du réintégré la faculté de devenir Français par une déclaration faite dans les termes et sous les conditions de l'art. 9. Aussi certains auteurs (2), vers l'opinion desquels nous inclinons, en concluent-ils qu'elle ne leur appar-

(1) Colmet de Santerre, I, n. 50 *bis*, V; Despagnet, n. 155; Surville et Arthuys, n. 105; Campistron, n. 199 s.; Rouard de Card, p. 258 s. — Mais cf. conseil d'Etat, 22 juil. 1898, S., 1901. 3. 9, *J. Clunet*, 1901, p. 993. — Cf. *supra*, n. 473 s.

(2) Rouard de Card, p. 259.

tient pas, tandis que d'autres [1] la leur reconnaissent, par ce motif qu'on ne peut pas faire à ces personnes une situation moins favorable qu'à la famille de l'individu qui se fait naturaliser Français. En tout cas, les enfants majeurs du réintégré qui peuvent se dire nés d'un ex-Français conservent le bénéfice de l'art. 10 [2].

560. Sous l'empire du code civil, on admettait que les effets de la réintégration étaient purement individuels : restreints à la personne du réintégré, ils ne s'étendaient ni à sa femme, ni à ses enfants, fussent-ils encore mineurs [3]. Mais la loi du 14 février 1882, qu'est venue abroger la loi de 1889, avait apporté un heureux correctif à cette solution, qui découlait des principes. Elle autorisait les enfants mineurs « d'un Français qui avait perdu la qualité de Français par l'une des trois causes exprimées dans l'art. 17 du code civil, si le père recouvrait sa nationalité d'origine, conformément à l'art. 18 », à renoncer à la qualité d'étrangers et à adopter la nationalité française, avec l'assistance de leurs représentants légaux, pour s'engager dans l'armée ou entrer dans les écoles du gouvernement. Elle permettait également aux enfants majeurs du réintégré de réclamer la qualité de Français par une déclaration faite dans l'année qui suivait le jour de la réintégration de leur père.

Deuxième mode de réintégration (art. 21).

561. Pour le Français qui a perdu cette qualité en prenant du service militaire à l'étranger la loi se montre particulièrement sévère. En effet le nouvel art. 21 dispose : « *Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recou-*

(1) Campistron, n. 201 et 205.

(2) Aubry et Rau, I, § 73, p. 419, n. 69; Campistron, n. 204; Rouard de Card, p. 259.

(3) Aubry et Rau, 4e éd., I, p. 276, n. 8 et 9; Demolombe, I, n. 175; Huc, I, n. 292; Despagnet, n. 155; Cogordan, p. 310; Weiss, I, p. 590; Fuzier-Herman, art. 18, n. 4 et les auteurs cités, p. 425, notes 1 et 2. — Paris, 30 juil. 1855, S., 56. 2. 275. — Paris, 23 juin 1859, S., 60. 2. 261, D., 60. 2. 213. — Civ. rej., 13 janv. 1873, S., 73. 1. 13, D., 73. 1. 297.

» *vrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions* » *imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisa-* » *tion ordinaire.* » Cette rigueur, renouvelée du code civil, avait été atténuée par le décret du 26 août 1811 (art. 12 et 25), puisque ce ci-devant Français pouvait être replacé sous l'allégeance de la France par de simples lettres de relief, quoiqu'il ne remplît pas, suivant les prescriptions de l'ancien art. 21, toutes « les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen » (1) ; mais l'abrogation du décret en 1889 a restitué à la loi toute sa force d'intimidation.

562. La disposition, parfaitement claire à notre sens, du N. art. 21, en défendant à l'ex-Français de rentrer en France sans une autorisation qui doit lui être accordée par décret, et en ne lui laissant d'autre moyen de recouvrer la nationalité française que de se soumettre à toutes les conditions de la « naturalisation ordinaire », c'est-à-dire de l'art. 8-5°, le place, selon nous, sous un double rapport, dans une situation inférieure à celle d'un simple étranger.

1° Vainement résiderait-il pendant dix ans sur notre territoire, sans avoir été autorisé à y rentrer : cette résidence ne saurait le conduire à la naturalisation. Nous ne saurions admettre, en effet, que l'autorisation de rentrer en France de l'art. 21 soit, comme le veut un auteur (2), « l'équivalent de l'admission à domicile exigée pour l'étranger », et que dès lors une résidence décennale puisse suppléer à cette autorisation comme elle supplée à l'admission à domicile. Si l'autorisation et l'admission doivent être toutes deux demandées, il n'en existe pas moins cette très grande différence entre l'étranger ordinaire et l'ex-Français dont la situation nous occupe, que le premier peut résider en France sans être admis à domicile, tandis que le second ne le peut pas sans y être autorisé. Et il serait au moins singulier que celui-ci pût invoquer son séjour non autorisé en France, c'est-à-dire une contravention, continuée pendant des années, à la loi,

(1) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 274, n. 2; Demolombe, I, n. 169; Huc, I, n. 295 ; Demante, *Rev. étr. et fr. de lég.*, 1840, VII, p. 424.

(2) Weiss, I, p. 581, note 2.

pour se prévaloir d'une disposition de faveur de cette même loi [1].

Mais du moins pourrait-il, selon nous, dès que son séjour a été autorisé, se prévaloir de la réduction de la durée du stage de trois à un an, dans les cas prévus par l'art. 8-5°, 3e al., tout comme un étranger ordinaire [2].

563. 2° Le ci-devant Français ne pourrait pas non plus recouvrer la nationalité française en se prévalant des dispositions de l'art. 8-3° et 4°.

On a pourtant soutenu le contraire [3]. « C'est assez, a-t-on dit, que la loi retire à ce Français le bienfait de son origine, sans qu'elle se montre pour lui plus exigeante qu'elle ne le serait en présence d'un étranger quelconque. » D'autre part, l'ancien art. 21 ne distinguait pas « entre la naturalisation ordinaire et la naturalisation privilégiée ». L'ancien Français doit donc pouvoir recouvrer sa qualité par tous les modes d'acquisition de cette qualité que sa naissance en France l'autorise à invoquer.

Cette interprétation méconnaît complètement, selon nous, la disposition si explicite du N. art. 21, qui ne parle que de « naturalisation *ordinaire* ». Si ce qualificatif a un sens, il doit nécessairement la faire exclure, et d'autant plus qu'on a justement modifié l'ancienne rédaction de l'art. 21, qui, en imposant à l'ex-Français l'obligation de remplir les « conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen », aurait pu paraître viser, en même temps que la naturalisation, les modes d'acquisition de la nationalité française par le bienfait de la loi. Au surplus, comme les individus dont la situation est régie par les art. 8-3° et 4° deviennent Français de plein droit, sans avoir à faire aucune déclaration, permettre à de ci-devant Français, dans le cas qui nous occupe, d'invoquer ces dispositions, ce serait leur offrir le moyen de se réintégrer par un acte de leur seule volonté dans leur ancienne qualité. Or est-il admissible que cette faculté leur soit laissée

(1) Cf. Campistron, n. 190 et 191.

(2) Aubry et Rau, I, § 75, p. 445, n. 8.

(3) Weiss, I, p. 581. — Cf. Despagnet, n. 155; Cogordan, p. 308; Cohendy, *Le Droit*, 10 nov. 1889.

par une loi qui a précisément voulu se montrer particulièrement sévère à leur égard ?

564. Si, aux deux points de vue qui viennent d'être indiqués, la position de l'ex-Français est inférieure à celle de l'étranger ordinaire, une fois réintégré sa situation est préférable à celle de l'étranger naturalisé en ce qu'il jouit immédiatement, à la différence de celui-ci, de l'éligibilité aux assemblées législatives. Peut-être ce résultat n'a-t-il pas été recherché par le législateur de 1889; mais il nous paraît imposé par la généralité des termes du dernier alinéa de l'art. 3 (1). Pour le surplus, la réintégration et la naturalisation produisent les mêmes effets, ou, pour mieux dire, dans notre cas elles se confondent.

Troisième mode de réintégration (art. 19).

565. La dénationalisation de la femme française qui épouse un étranger étant une conséquence inévitable du mariage et ne pouvant être considérée comme volontaire que parce que la femme a consenti au fait qui l'engendre, il semble bien qu'il y ait lieu de faciliter à celle-ci sa réintégration dans son ancienne nationalité. C'est ce qu'avait fait le code civil : « Si elle devient veuve, disait l'art. 19, 2e al., elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. »

Cette disposition prévoyait deux cas :

1° La femme dont le mariage était dissous, soit par la mort du mari, soit même par le divorce — car cette cause de dissolution du mariage était assimilée, malgré le texte, par les auteurs et la jurisprudence, à la dissolution par décès (2) —, résidait hors de France à l'époque de cette dissolution : elle recouvrait la nationalité française en rentrant en France avec

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 447, n. 14; Despagnet, n. 155-3°; Weiss, I, p. 582; Campistron, n. 198; Rouard de Card, p. 269. — *Contra :* Le Sueur et Dreyfus, p. 221; Vincent, p. 146.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 275, n. 4; Demolombe, I, n. 170; Laurent, n. 395; Despagnet, 2e éd., n. 239. — Lyon, 11 mars 1835, S., 35. 2. 191, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 167. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 104.

l'autorisation du gouvernement et en déclarant qu'elle voulait s'y fixer.

2° Elle résidait en France lors de la dissolution du mariage : dans ce cas aucune autorisation ne lui était nécessaire [1]. Mais redevenait-elle Française de plein droit, ou devait-elle faire, pour le redevenir, une déclaration ? A vrai dire, cette dernière solution paraissait commandée, et par la construction grammaticale de l'art. 19, et par ce principe que tout changement de nationalité implique une manifestation de volonté, dont une simple résidence n'offrait aucunement le caractère [2]. Pourtant, malgré ces arguments décisifs, la solution contraire l'emportait, avec l'approbation de beaucoup d'auteurs, en jurisprudence [3]. Quoi qu'il en fût, lorsque la femme était déjà fixée dans notre pays lors de la dissolution de l'union conjugale, elle reprenait plus facilement que personne sa nationalité, puisqu'elle échappait soit à la nécessité de l'autorisation du gouvernement, soit même, d'après la jurisprudence, à la nécessité d'une déclaration.

566. Il n'en est plus ainsi depuis la loi de 1889, qui a conféré au gouvernement, dans tous les cas, le droit d'apprécier la demande en réintégration de la femme : « *Si son mariage,* » dit le N. art. 19, al. 1 *in fine, est dissous par la mort du mari* » *ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française, avec l'au-* » *torisation du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France* » *ou qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y fixer* » [4]. Ainsi, comme dans le cas de l'art. 18, c'est la réintégration

(1) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 275, n. 5; Demolombe, I, n 171; Duranton, I, n. 193; Beudant, I, n. 36; Laurent, I, n. 397; Despagnet, 2e éd., n. 239, et les arrêts cités à la note 3.

(2) Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 375, n. 6; Beudant, I, n. 36; Laurent, I, n. 397; Despagnet, 2e éd., n. 239; de Folleville, n. 242 *bis*; Rouard de Card, p. 253, note 1. — Cf. Demolombe, I, n. 171; Huc, I, n. 293; Cogordan, p. 309; Weiss, I, p. 572.

(3) Duranton, I, n. 193 *bis*; Surville et Arthuys, n. 104; Coin-Delisle, sur l'art. 19, n. 5; Alauzet, n. 113; Cubain, *Droit des femmes*, n. 6; Fuzier-Herman, art, 19, n. 6. — Civ. rej., 19 mai 1830, S., 30. 1. 325; D., 30. 1. 245. — Lyon, 11 mars 1835, précité. — Civ. rej., 13 janv. 1873, S., 73. 1. 13, D., 73. 1. 297. — Bourges, 4 août 1874, S., 75. 2. 69. — Paris, 29 janv. 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 655.

(4) Sur l'interprétation de ce texte, cf. Trib. Seine, 21 juin 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 986.

qui est désormais octroyée par le gouvernement : ce n'est plus simplement le retour de la femme en France qu'il autorise.

Mais alors, peut-on se demander, en quoi la disposition spéciale de l'art. 19 (abstraction faite de la déclaration qu'il exige) diffère-t-elle de celle de l'art. 18, et de quelle utilité peut-elle être ? Cette utilité est en effet très problématique, et il est probable que le législateur de 1889 ne s'est pas aperçu que l'art. 19, une fois modifié comme il l'a été, n'était plus, à la différence de ce qu'il était dans le Code civil, que l'inutile reproduction de l'art. 18.

Toutefois on pourrait, avec certains auteurs [1], induire de la disposition actuelle, en s'attachant strictement à son texte, que la dissolution du mariage doit nécessairement précéder la réintégration de la femme dans la nationalité française, et que dès lors cette femme n'a pas la faculté d'invoquer l'art. 18 du vivant de son mari, même autorisée comme de droit. Dans cette opinion, l'art. 19 exclurait donc toujours la femme mariée du bénéfice de l'art. 18, et l'on est même allé jusqu'à dire que cette restriction « s'explique à merveille ».

Elle nous paraîtrait, quant à nous, tout à fait injustifiable : car pourquoi obligerait-on la femme qui veut redevenir Française durant le mariage à avoir recours à la naturalisation proprement dite, alors que la réintégration est, tout comme celle-ci, subordonnée à l'agrément du gouvernement, et que ce dernier est libre de la refuser, si elle présente, avant la dissolution de l'union conjugale, quelque inconvénient pour la famille ? En faveur, au contraire, du droit pour l'ex-Française d'invoquer, suivant les hypothèses, l'art. 18 ou l'art. 19, on peut faire valoir que si l'on a, en 1889, voulu retirer à la femme la faveur, qu'elle puisait dans le code civil, de reprendre parfois son ancienne qualité sans aucune autorisation du gouvernement, il n'a pu être dans la pensée de personne de lui faire, pendant le mariage, une condition pire que celle des autres anciens Français et de ne lui permettre de recouvrer sa nationalité qu'au moyen d'une naturalisation [2].

[1] Weiss, I, p. 573. — Cf. Laurent, I, n. 395 ; Rouard de Card, p. 260.

[2] Sans contredire formellement l'opinion qui vient d'être discutée, M. Campistron n. 193 admet que la femme peut recouvrer la nationalité française dans le

567. La femme veuve ou divorcée doit donc d'abord, pour pouvoir être réintégrée dans la qualité de Française, rentrer en France, à moins qu'elle n'y réside déjà. Et par résidence il semble bien qu'il faille ici encore entendre un domicile véritable [1]. Elle doit ensuite déclarer qu'elle veut se fixer dans notre pays, soit qu'elle s'y trouve déjà, soit qu'elle s'y établisse, car cette obligation paraît bien lui être imposée par le texte dans l'un et l'autre cas [2].

568. Cette déclaration doit être faite, selon nous, devant le juge de paix du canton dans lequel la femme réside ou se propose de résider, et non, comme le soutiennent certains auteurs [3], devant le maire de la commune où elle est établie ou veut s'établir. Outre que l'art. 6 du décret du 13 août 1889, qui donne compétence au juge de paix pour toutes les déclarations, afin d' « acquérir » la qualité de Français, peut comprendre notre hypothèse dans ses termes, il serait pour le moins bizarre que les auteurs du décret, qui ont retiré toute compétence aux officiers municipaux en matière de nationalité, la leur eussent conservée dans un cas unique sans le dire [4].

569. La femme doit enfin obtenir « l'autorisation du gouvernement », c'est-à-dire sa réintégration par décret. Si le 1er alinéa de l'art. 19 ne parle pas explicitement de ce décret, le 2e est formel au contraire, lorsqu'il déclare que la qualité de Français est parfois susceptible d'être accordée « par le même décret de réintégration » aux enfants mineurs de la femme [5].

570. Au surplus cette réintégration n'est possible que si la femme est capable de changer de nationalité. Sa minorité

cas où son mari l'acquiert ou la recouvre lui-même, et invoquer alors soit l'art. 12, soit l'art. 18.

(1) Aubry et Rau, I, § 75, p. 446, n. 11. — *Contra :* Rouard de Card, p. 261.

(2) Despagnet, n. 155-2°. — *Contra :* Weiss, I, p. 575; Rouard de Card, p. 261.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 446, n. 12; Weiss, I, p. 576; Vincent, n. 199.

(4) Campistron, n. 193; Rouard de Card, p. 261.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 447, n. 13; Colmet de Santerre, I, n. 50 *bis*, II; Cogordan, p. 309. — Il n'y a donc pas lieu de rechercher, comme le fait M. Weiss (I, p. 576 et 577), s'il s'agit d'un véritable décret de réintégration ou « seulement d'une autorisation de séjour ou de retour en France, à la suite de laquelle la réintégration se produit de plein droit pour la femme redevenue libre ».

s'y opposerait donc, quoi qu'on en ait dit, car la loi ne fait ici aucune exception à la règle qui défend au mineur de disposer de sa nationalité [1]. Et cette capacité doit être appréciée, conformément à l'art. 3, 3e al. C. civ., d'après la loi étrangère [2].

571. La femme ne redevient Française que pour l'avenir (art. 20 C. civ.).

Tel était, sous le régime du code civil, l'unique effet de la réintégration, qui restait, de l'aveu presque unanime des auteurs, sans influence sur la nationalité de ses enfants, même mineurs [3]. Toutefois la loi du 28 juin 1883 était venue accorder à ces derniers lorsqu'ils étaient nés en France, la faculté de concourir pour les Ecoles du gouvernement et de contracter un engagement volontaire ou conditionnel dans l'armée, en optant pour notre nationalité conformément à la loi du 14 février 1882. Plus libéral encore, le législateur de 1889 a tenu compte du légitime désir que peut avoir la femme de faire acquérir à ses enfants mineurs la qualité qu'elle recouvre elle-même, du moins dans le cas où le mariage s'est dissous par la mort du mari; car, s'il s'est dissous par le divorce, il est naturel que les enfants conservent la nationalité de leur père, sauf à eux à user du bénéfice de l'art. 10 [4]. Le N. art. 19, 2e al., dit à ce sujet : « *Dans le » cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qua- » lité de Français peut être accordée par le même décret de » réintégration aux enfants mineurs, sur la demande de la » mère, ou par un décret ultérieur, si la demande en est faite » par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille.* »

[1] Aubry et Rau, I, § 75, p. 446, n. 10; Weiss, I, p. 574; Campistron, n. 195; Rouard de Card, p. 262. — *Contra :* Alauzet, n. 113.

[2] Rouard de Card, p. 262.

[3] Aubry et Rau, 4e éd., I, § 75, p. 276, n. 9; Demolombe, I, n. 175; Duranton, I, n. 193 *bis;* Laurent, I, n. 398; Despagnet, 2e éd., n. 241; Cogordan, p. 311; Weiss, I, p. 578; Surville et Arthuys, n. 105; Fuzier-Herman, art. 19, n. 7. — Paris, 30 juill. 1855, S., 56. 2. 275. — Civ. rej., 13 janv. 1873. S., 73. 1. 13, D., 73. 1. 297. — Trib. Seine, 9 fév. 1888, *Le Droit,* 10 fév. — *Contra :* Duvergier, *Consultation,* S., 32. 2. 641.

[4] Aubry et Rau, I, § 73, p. 420, n. 70; Beudant, I, n. 37; Huc, I, n. 293 *in fine;* Despagnet, n. 155; Cogordan, p. 311; Weiss, I, p. 580; Surville et Arthuys, n. 105; Campistron, n. 211; Rouard de Card, p. 267; Le Sueur et Dreyfus, p. 218.

Ainsi les enfants mineurs de la veuve, eu égard à l'intérêt qu'ils peuvent avoir à conserver la nationalité de leur père, ne deviennent pas Français de plein droit; mais leur mère est autorisée, lorsqu'elle veut leur faire acquérir la nationalité qu'elle recouvre elle-même, à former une demande tant en son nom qu'au nom des dits enfants, et un même décret peut faire droit à cette double demande. Que si la femme a seulement sollicité et obtenu sa réintégration personnelle, la qualité de Français peut encore être conférée aux enfants par un décret ultérieur, sur la demande du tuteur autorisé par le conseil de famille [1]. Et en l'absence de toute distinction dans la loi, il semble bien que, dans ce dernier cas, cette autorisation serait nécessaire à la mère tutrice elle-même [2].

572. La disposition qui vient d'être analysée donne prise à de nombreuses critiques. Elle s'inspire d'abord sans motif valable, d'un autre principe que celui sur lequel reposent les art. **12**, 3e alinéa, et **18**. C'est, en effet, en vertu d'une sorte de naturalisation, de faveur il est vrai, que la veuve recouvre la qualité de Française que son mariage lui avait fait perdre. Pourquoi alors ses enfants mineurs ne sont-ils pas compris de plein droit, sauf faculté de répudiation de la nationalité française à leur majorité, dans la réintégration de leur mère devenue veuve, comme ils le sont au cas de naturalisation ordinaire? Serait-ce parce que leur mère a été autrefois Française ? Mais n'est-ce point pour eux un titre de plus à devenir Français? Et n'est-ce pas à raison justement de cette circonstance que l'art. **18** fait aux enfants du réintégré la même situation qu'à ceux du naturalisé ? — Cette contradiction avait été signalée au sénat par M. Léon Clément au cours de la discussion à laquelle donna lieu l'art. **12** [3], et le rapporteur avait déclaré qu'il se réservait d'examiner la question à l'occasion de l'art. **19**. Malheureusement cette promesse a été oubliée, et la contradiction est restée. La règle de l'art. **19**, 2e alinéa, n'en doit pas moins être appliquée, comme règle

(1) Despagnet, n. 155; Cogordan, p. 311; Weiss, I, p. 578.

(2) Colmet de Santerre, I, n. 50 *bis*-VI; Despagnet, n. 155; Le Sueur et Dreyfus, p. 216. — *Contra* : Aubry et Rau, I, § 72, p. 401, n. 42.

(3) *Journ. off.*, 1889, Sénat, *déb. parl.*, p. 666.

spéciale dérogeant à la règle générale de l'art. 12, 3e alinéa, par application de la maxime *specialia generalibus derogant.*

573. Cette disposition s'écarte ensuite, sous un second rapport, de celle des art. 12, 3e al., et 18, en ce qu'elle fixe définitivement la nationalité des enfants, en dehors de toute manifestation de volonté de leur part, et contrairement aux principes : or on se demande pourquoi on ne leur a pas réservé la même faculté de répudiation que ces deux derniers textes concèdent aux enfants dans les situations auxquelles ils s'appliquent [1].

574. Il faut remarquer, en outre, que les enfants mineurs de la veuve réintégrée ne doivent pas être privés du bénéfice de l'art. 10, qui appartient à tout enfant né d'un ancien Français : il peuvent donc, s'ils remplissent les conditions de cet article, l'invoquer eux-mêmes après leur majorité, et leur mère le peut certainement aussi en leur nom, pendant leur minorité. C'est une faculté de plus qui vient s'ajouter à celles dont parle l'art. 19 [2].

575. Enfin, quant aux enfants majeurs de la veuve réintégrée, ce texte paraît bien impliquer qu'ils ne peuvent acquérir la qualité de Français, ni en vertu du décret de réintégration obtenu par leur mère, puisqu'il n'accorde ce droit qu'aux enfants mineurs, ni en vertu des dispositions générales des art. 12 et 18, puisque cette hypothèse est régie par des principes spéciaux. Alors ils pourraient seulement invoquer le bénéfice de l'art. 10. C'est un nouveau défaut d'harmonie avec l'art. 12-3e al. [3].

576. On observera, du reste, que, pour que l'art. 19-2e al. soit applicable, il faut nécessairement supposer que soit la mère, soit les enfants ne sont pas nés en France : sinon, les enfants auraient été Français de plein droit dès leur nais-

[1] Beudant, I, n. 37 ; Cogordan, p. 312 ; Weiss, I, p. 579.

[2] Aubry et Rau, I, § 73, p. 420, n. 70 ; Weiss, I, p. 580 ; Campistron, n. 214 et 215 ; Rouard de Card, p. 266.

[3] Colmet de Santerre, I, n. 50 *bis*, VI ; Despagnet, n. 155 *in fine ;* Rouard de Card, p. 266. — *Contra* : Aubry et Rau, I, § 72, p. 400, n. 40 ; Beudant, I, p. 65, note 1 ; Campistron, n. 203. — Cf. Weiss, I, p. 591, note 2.

sance en vertu de l'art. 8-3°, réserve faite de la faculté de répudiation qui pourrait leur appartenir [1].

577. D'autre part, l'art. 19-2e al. est inapplicable, par sa nature même, aux enfants nés du mariage d'une Française avec un étranger, lorsqu'elle conserve sa nationalité malgré ce mariage, puisqu'il ne peut s'agir pour elle de réintégration. Notre législation ne leur offre donc aucun moyen particulier de prendre, après le décès de leur père, la nationalité de leur mère [2].

§ V. *De la constatation de la nationalité* [3].

578. La théorie de la nationalité resterait incomplète si on ne recherchait comment se constate celle-ci. Cette question en comprend trois autres : comment se prouve la nationalité? Quelle autorité est compétente pour la constater? A quelle procédure est soumise cette constatation?

579. De la preuve de la nationalité. — Comment une personne doit-elle faire la preuve de sa nationalité quand elle est contestée? Nous ne résoudrons cette question qu'en ce qui concerne la nationalité française, le principe étant d'ailleurs le même pour toutes les autres nationalités.

Cette preuve n'offre pas de difficulté pour celui qui a acquis la nationalité française après sa naissance, soit par lui-même, soit comme conséquence de cette acquisition par l'un de ses auteurs. Il existe en pareil cas un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation, le bienfait de la loi, le mariage, l'annexion, la réintégration dans la qualité de Français.

580. La preuve n'est pas malaisée non plus pour le Français auquel cette qualité appartient comme étant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Il lui suffit d'établir, d'une part, qu'il est né en France postérieurement à la mise

(1) Weiss, I, p. 578, note 2, et *Rev. prat. de dr. intern. pr.*, 1890-91, 2, p. 141; Campistron, n. 213. — Req. rej., 7 déc. 1891, S., 92. 1. 81, rapport de M. Féraud-Giraud et note de M. Pillet, D., 92. 1. 87.

(2) Weiss, I, p. 576; Rouard de Card, p. 261, note 3.

(3) Cf. Dastarac, *Effet de la chose jugée en matière d'état des personnes* (thèse, Toulouse), 1895, p. 149 s.

en vigueur de la loi du 7 février 1851, qui a introduit dans notre droit cette cause d'acquisition de la qualité de Français, et, d'autre part, que l'un au moins de ses deux auteurs est né en France à une époque quelconque.

581. De même cette preuve sera également facile pour le Français investi de cette qualité comme étant né en France d'un étranger qui n'y était pas né lui-même et comme étant domicilié dans ce pays à l'époque de sa majorité : il n'aura qu'à établir le double fait de sa naissance en France et de l'établissement de son domicile dans ce pays lorsqu'il a atteint l'âge de 21 ans, si du moins l'année de sa majorité n'était pas encore expirée lorsque la loi du 26 juin 1889 est devenue obligatoire. Cet individu est Français, en effet, comme celui dont s'occupait la loi de 1851, sauf faculté d'option pour la nationalité étrangère.

582. Mais comment tout autre Français d'origine fera-t-il la preuve de cette qualité? La légitimité de sa prétention suppose que celui de ses auteurs dont il suit la nationalité était Français à l'époque où s'est fixée celle de l'enfant : ce dernier doit donc prouver qu'il l'était en cas de contestation, et cette démonstration peut offrir des difficultés insurmontables si cet auteur était lui-même Français d'origine, ainsi que ses auteurs immédiats et médiats depuis un grand nombre de générations. Régulièrement la qualité de Français devrait être établie en la personne de chacun de ces auteurs, puisqu'il suffirait qu'un seul d'entre eux ait eu la qualité d'étranger pour qu'il l'eût transmise à ses descendants *in infinitum*. Or on comprend qu'une pareille preuve serait impossible, et il n'a pu être dans les intentions du législateur de l'exiger.

La question se simplifie si l'un des ancêtres de celui qui se prétend Français d'origine est né en France avant la mise en vigueur du code civil, et qu'on soit en mesure de l'établir. Comme à cette époque le simple fait de la naissance sur le sol français était attributif de la nationalité française, prouver que l'un des ancêtres de celui dont la nationalité est contestée était Français *jure soli*, c'est par là même établir la qualité de Français de son descendant, à moins que celui qui la lui dénie ne prouve lui-même que cette qualité a été perdue par

un des ancêtres intermédiaires. Et la question se poserait en termes tout aussi simples si l'un de ces ancêtres était devenu Français par un acte positif, une naturalisation par exemple [1].

Mais si la preuve dont il vient d'être parlé ne peut être fournie, la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il suffit à celui qui se prétend Français d'origine d'établir sa qualité de Français et celle de ses auteurs par la possession d'état (arg. art. **197**, **320**, **321** C. civ.) [2]. Il démontrera que lui et ses auteurs ont toujours été en possession de la qualité de Français, c'est-à-dire qu'ils ont toujours joui en fait de cette qualité, qu'ils ont été considérés comme Français dans le public, qu'ils se sont comportés comme tels en exerçant les droits et en supportant les charges attachés à ce titre. Et, comme il ne faut pas ici non plus exiger l'impossible, le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour apprécier quels sont les auteurs en la personne desquels cette possession d'état doit être démontrée, suivant que cette démonstration est plus ou moins facile, eu égard à l'existence ou au décès plus ou moins lointain de ces parents, à leur degré de parenté, etc. Le juge ne doit pas plus, en effet, sacrifier l'intérêt de la partie en cause au désir de rendre la possession d'état plus probante qu'il ne doit sacrifier celui-ci à celui-là [3].

Il va de soi, au reste, que la simple présomption qui résulte de la possession d'état peut être combattue par la preuve de l'extranéité de l'un des ascendants de l'individu dont la nationalité est contestée [4].

583. De l'autorité compétente en matière de questions de nationalité. — La loi française n'a pas organisé de procédure spéciale qui puisse permettre à un individu de faire reconnaître, par voie de demande principale, sa nationalité véritable, de telle sorte que les contestations relatives à celle-ci s'élèvent

(1) Pau, 23 juill. 1889, S., 90. 2. 183, D., 90. 2. 85.

(2) Aubry et Rau, I, § 69, p. 352, n. 18; Demolombe, I, n. 172; Huc, I, n. 266 *bis;* Beudant, I, n. 23; Despagnet, n. 121; Campistron, n. 35. — Req. rej., 30 mai 1834, D., 34. 1. 272.

(3) Cf. Aubry et Rau, I, § 69, p. 352 s., n. 19-22; Despagnet, n. 121.

(4) Cf. Req. rej., 30 mai 1834, précité.

toujours sous la forme de questions incidentes et à l'occasion d'intérêts particuliers nettement définis.

En principe, que ces intérêts soient d'ordre public ou privé, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des questions de nationalité; elles sont en effet relatives à l'état des personnes, et les questions d'état leur sont réservées (1).

C'est ainsi qu'il ne saurait bien évidemment dépendre de l'administration de statuer sur la nationalité d'un individu, en lui accordant ou en lui refusant un passeport ou son certificat d'immatriculation dans un consulat, et qu'il ne paraît pas non plus logiquement être au pouvoir d'une chambre législative de décider cette question, au cours de la validation de l'élection de l'un de ses membres. Mais, sur ce dernier point, la solution contraire est généralement adoptée et aussi suivie en pratique, et on la fonde sur la plénitude de la souveraineté de cette assemblée (2).

Par application du principe qui a été posé, lorsqu'une juridiction civile exceptionnelle, telle qu'un juge des référés, un juge de paix, un tribunal de commerce ou un conseil de prud'hommes, lorsqu'une juridiction administrative, telle qu'un conseil de préfecture, le conseil d'État, un conseil de révision, sont saisies d'une difficulté dont la décision est subordonnée à la solution d'une question de nationalité (difficulté qui peut être relative à une inscription ou à une radiation sur les listes électorales, à la validité d'une élection, à la caution *judicatum solvi*, au service militaire, à un arrêté d'expulsion, etc.), elles doivent surseoir à statuer et renvoyer les parties se pourvoir devant les tribunaux civils (3), si du

(1) Huc, I, n. 266 *bis*; Cogordan, p. 406 et 408; Weiss, I, p. 695; Rouard de Card, p. 276; Dastarac, *op. cit.*, p. 151 s.; Laferrière, *Traité de la jurid. admin.*, 2e éd., 1896, p. 514 s. — Alger, 19 janv. 1898, D., 98. 2. 64. — Conseil d'État, 8 fév. 1901 (sol impl.), S., 1903. 3. 96.

(2) Cpr. Cogordan, p. 401 et 409; Weiss, p. 694; Dastarac, *op. cit.*, p. 155 s. — Cf. *Rev. prat. de dr. intern. pr.*, 1892, 2, p. 33.

(3) Weiss, I, p. 695; Cogordan, p. 405 s.; Rouard de Card, p. 276 et 277; Campistron, n. 111; Dastarac, *op. cit.*, p. 152 s.; Marie, *Administ. départ.*, I, p. 62 s.; Chante-Grellet, *Traité des élections*, II, n. 689 s.; Garsonnet, *Tr. de procéd. civ.*, I, § 182, p. 744. — Civ. cass., 15 avril 1878, S., 80. 1. 375, D., 78. 1. 245. — Civ. cass., 26 mars 1879, S., 79. 1. 247, D., 79. 1. 203. — Civ. cass., 10 mai 1881, S.,

moins la contestation relative à la nationalité est sérieuse [1] : sinon elles sont autorisées à passer outre.

584. Il est admis cependant, en doctrine et en jurisprudence [2], qu'une cour d'assises ou un tribunal correctionnel peuvent statuer sur une question de nationalité soulevée par le prévenu ou par l'accusé. Mais cette solution est peut-être assez difficile à justifier. Il ne suffit évidemment pas de dire à cet effet, comme on l'a dit pourtant, que le juge de l'action est juge de l'exception : car alors pourquoi un juge de paix ou des juges consulaires ne connaissent-ils pas de cette question comme la juridiction répressive? D'autre part, si cette proposition est vraie pour la cour d'assises ou le tribunal correctionnel, pourquoi ne l'est-elle plus, ainsi qu'on l'affirme, pour le conseil de guerre, qu'on oblige à surseoir à sa décision [3]? La cour de cassation [4] a même réservé dans une affaire

82. 1. 327, D., 81. 1. 485. — Civ. cass., 28 mars 1889, S., 89. 1. 435, D., 89. 1. 215. — Civ. cass., 3 juin 1890, S., 91. 1. 541. — Civ. cass., 12 avril 1892, S., 93. 1. 150, D., 93. 1. 126. — Civ. cass., 20 nov. 1894, S., 95. 1. 142, D., 96. 1. 12. — Just. paix Nice, 19 fév. 1897, *J. Clunet*, 1899, p. 508. — Paris, 6 janv. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 1108. — C. d'Etat, 10 août 1844, D., 45. 3. 70. — C. d'Etat, 26 juill. 1855, D., 56. 3. 14. — C. d'Etat, 20 mai 1898, S., 1900. 3. 58. — C. d'Etat, 29 juill. 1898, S., 1901. 3. 14. — C. d'Etat, 25 mai 1900, S., 1902. 3. 88. — Cpr. C. d'Etat, 8 déc. 1853, S., 54. 2. 409, D., 54. 3. 85. — C. d'Etat, 14 mars 1884, S., 86. 3. 2, concl. de M. Le Vavasseur de Précourt, D., 85. 3. 9. — Cf. aussi les lois des 22 juin 1833 (art. 52), 31 juill. 1875 (art. 1er), 5 avril 1884 (art. 39), et 21 mars 1905 (art. 28).

(1) Civ. rej., 19 mars, 25 et 30 avril 1877, S., 77. 1. 379, D., 77. 1. 302. — Civ. rej., 8 mai 1878, D., 78. 1. 245. — Civ. cass., 17 avril 1883, D., 84. 5. 188. — Civ. rej., 30 avril 1890, S., 91. 1. 228, D., 92. 1. 363. — Civ. cass., 12 avril 1892, S., 93. 1. 150, D., 93. 1. 126. — Civ. cass., 19 avril 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 883. — Civ. rej., 22 avril 1896, S., 98. 1. 143, D., 96. 1. 353, concl. et note de M. Sarrut. — Civ. cass., 26 et 27 avril 1896, S., 96. 1. 241, D., *loc. cit.*

(2) Huc, I, n. 266 *bis, in fine;* Weiss, I, p. 698; Rouard de Card, p. 277; Vincent, n. 215; Bertauld, *Quest. préjud.*, n. 77 s.; Dastarac, *op. cit.*, p. 168. — Crim. cass., 10 janv. 1873, S., 73. 1. 141, rapp. de M. Réquier et concl. de M. Bédarrides, D., 73. 1. 41. — Cour d'assises de la Haute-Savoie, 11 fév. 1873, *J. Clunet*, 1874, p. 307. — Crim. cass., 7 déc. 1883, S., 85. 1. 89, D., 84. 1. 209. — C. d'Etat, 14 mars 1884, S., 86. 3. 2, D., 85. 3. 9. — Lyon, 2 avril 1890, S., 91. 1. 173, D., 90. 2. 262. — Trib. cor. des Andelys, 4 juin 1896, *J. Clunet*, 1898, p. 1086. — Alger, 26 oct. 1899, S., 1903. 2. 11, D., 1901. 2. 348, *J. Clunet*, 1900, p. 793. — Aix, 6 déc. 1900, S., 1902. 2. 17, note de M. Lacoste, D., 1901. 2. 305, et note. — Crim. rej., 28 mai 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 689.

(3) Dastarac, *op. cit.*, p. 166. — Crim. cass., 25 juin 1885, S., 85. 1. 325, D., 86. 1. 429.

(4) Crim. cass., 1er déc. 1887, S., 88. 1. 389, rapp. de M. de Larouverade, D.,

récente la question de savoir si une chambre des mises en accusation a qualité pour statuer elle-même sur la contestation de nationalité ou si elle doit surseoir jusqu'à ce que celle-ci ait été tranchée par la juridiction compétente. Toutes ces décisions paraîtront sans doute assez peu concordantes [1].

585. De la compétence « ratione personæ » et de la procédure. — Les contestations de nationalité sont soumises aux règles ordinaires de procédure et de compétence *ratione personæ*. Ainsi elles doivent être portées devant le tribunal civil dans le ressort duquel le défendeur a son domicile ou, à défaut, sa résidence [2]. En cause d'appel, ces contestations devaient être, avant le décret du 26 novembre 1899, jugées en audience solennelle, de même que toutes les autres questions d'état, à moins qu'elles ne fussent nées incidemment devant la cour [3].

586. Mais quel sera l'adversaire de la personne dont la nationalité est en cause ?

Il n'y a pas de difficulté lorsque la question de nationalité s'élève à propos d'un intérêt civil, auquel cas l'adversaire naturel de cette personne est celui qui, à l'occasion de cet intérêt, lui dénie la qualité qu'elle prétend avoir [4]. Ce sera, par exemple, celui qui, actionné par un demandeur qu'il prétend étranger et qui se dit Français, veut exiger de lui la caution *judicatum solvi*.

587. C'est chose des plus délicates au contraire que de déterminer cet adversaire lorsque la contestation de nationalité naît à propos d'un intérêt public, c'est-à-dire d'une question qui met en cause un particulier et l'autorité publique : quel est alors celui des représentants de cette autorité qui a qualité pour contredire à la prétention de celui-ci ? Ni la doctrine ni la jurisprudence ne sont nettement fixées à cet égard.

88. 1. 89 : le rapporteur est très explicite dans le sens du sursis. — Cf. Rouen, 8 janvier 1888, *Le Droit*, 25 fév.

(1) Cpr. Copineau et Henriet, *Le séjour des étr. en Fr.*, *J. Clunet*, 1896, n. 18 et 35, p. 266 et 279 s. — Trib. pol. d'Ecouen, 10 avril 1896, D., 96. 2. 215.

(2) Weiss, I, p. 698 ; Cogordan, p. 422. — Trib. Seine, 9 fév. 1888, *Le Droit*, 10 fév.

(3) Huc, I, n. 266 *bis* ; Weiss, I, p. 698 ; Rouard de Card, p. 277. — Req. rej., 10 mars 1858, S., 58. 1. 529, D., 58. 1. 313. — Lyon, 23 fév. 1887, D., 88. 2. 33.

(4) Huc, I, n. 266 *bis*; Cogordan, p. 404 ; Weiss, I, p. 699.

Il est une opinion d'après laquelle le ministère public pourrait, à raison de la nature de l'affaire, qui met en jeu l'intérêt social dont il a la garde, aussi bien introduire directement l'instance qu'être choisi comme adversaire par celui dont la nationalité est méconnue : en d'autres termes, il pourrait figurer au procès comme partie principale (1).

Cette opinion n'est pas inconciliable, d'ailleurs, avec la doctrine généralement admise, qui donne au préfet du département dans lequel l'intéressé a son domicile, et, s'il n'a pas de domicile en France, au préfet de la Seine, mission de représenter l'Etat dans les procès relatifs à la nationalité des individus. L'art. 28 de la loi militaire du 21 mars 1905, d'après lequel les questions d'état et de droits civils qui naissent de l'inscription au tableau de recensement doivent être jugées contradictoirement avec le préfet, ne serait dans cette doctrine que l'application d'un principe général (2). Quant aux décisions de la jurisprudence, si elles semblent ordinairement prêter appui à ce système (3), il est des cas dans lesquels elles le contredisent formellement. C'est ainsi que le tribunal de la Seine (4), saisi d'une demande formée contre le préfet de ce département par un individu qui se prétendait inscrit à tort, en sa qualité d'étranger, sur les listes du recrutement, l'en a débouté, par ce motif que le préfet, loin d'être le contradicteur ordinaire des parties en pareille matière, ne peut figurer au procès que dans les cas limitativement prévus par la loi militaire.

588. Nous estimons, pour notre part, que l'autorité compétente pour contredire la prétention d'un individu en matière de nationalité est celle qui, si cette prétention était admise,

(1) Weiss, I, p. 699. — Paris, 12 juil. 1867, S., 68. 2. 201 et note, D., 67. 1. 121, note de M. Debacq. — Colmar, 19 mai 1868, S., 68. 2. 245, D., 68. 2. 225. — Alger, 23 mars 1900, S., 1903. 2. 297, D., 1903. 2. 321.

(2) Huc, I, n. 266 *bis*; Cogordan, p. 421; Weiss, I, p. 700; Rouard de Card, p. 274 et 275; Vincent, n. 207 s.

(3) Grenoble, 16 déc. 1828, S., 29. 2. 23, D., 29. 2. 73. — Req. rej., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 937, D., 36. 1. 451. — Trib. Seine, 9 fév. 1888, *J. Clunet*, 1888, p. 813. — Trib. Hazebrouck, 24 mars 1888, *Pand. fr. pér.*, 89. 5. 27. — Civ. rej., 26 oct. 1891, S., 91. 1. 537, D., 92. 1. 41.

(4) 18 fév. 1875, *J. Clunet*, 1876, p. 186.

pourrait et devrait lui donner satisfaction, et que, quant au ministère public, il conserve son rôle ordinaire dans les questions qui touchent à l'ordre public. Outre que la règle ainsi formulée a un fondement rationnel, puisque le contradicteur de la demande est, de la sorte, celui qui par ses fonctions est le plus directement intéressé à la faire écarter ou à y faire droit, elle présente cet avantage d'être en parfaite harmonie avec celle qui est, de l'aveu de tous, applicable lorsque la question de nationalité ne met en jeu que des intérêts civils.

Au surplus il est aisé de montrer que la pratique, dans son ensemble, n'est nullement contraire à notre façon de voir et que la doctrine elle-même admet certaines des conséquences qui en découlent. Ainsi :

1° C'est le maire, et non le préfet, qui doit être actionné comme défendeur par la personne qui, omise sur les listes électorales sous ce prétexte qu'elle est étrangère, réclame son inscription (1). Mais, lorsqu'un électeur inscrit réclame la radiation d'un autre électeur qu'il prétend étranger, c'est contre celui-ci, et non contre le maire ou le préfet, qu'il doit former sa demande (2).

2° C'est le ministre de la guerre, et non le préfet, qui doit contredire à la prétention de celui qui, n'ayant élevé aucune réclamation devant le conseil de révision, par exemple parce qu'il était absent, proteste, à raison de son extranéité, contre son incorporation dans l'armée et demande sa radiation des contrôles de celle-ci ; ou de celui qui, incorporé dans l'armée, est renvoyé dans ses foyers, sous ce prétexte qu'il n'est pas Français, et proteste contre cette exclusion (3) ; ou enfin de celui qui veut entrer, en sa qualité de Français, dans une école militaire (4).

(1) Req. cass., 4 avril 1865, S., 65. 1. 385, D., 65. 1. 239. — Req. cass., 14 mars 1877, et Req. rej., 19 mars, 25 et 30 avril 1877, S., 77. 1. 379, D., 77. 1. 203.

(2) Dastarac, *op. cit.*, p. 155. — Trib. Lyon, 24 mars 1877, et Trib. Seine, 23 mai 1878, cités par Cogordan, p. 408.

(3) Trib. Seine, 18 fév. 1875, *J. Clunet*, 1876, p. 186. — Aix, 7 fév. 1885, sous Cass., S., 86. 1. 106, D., 86. 1. 369. — Paris, 1er déc. 1885, S., 87. 2. 86, D., 86. 2. 169. — Civ. rej., 20 juin 1888, S., 88. 1. 300, D., 89. 1. 281. — Cf. Weiss, I, p. 701 ; Dastarac, *op. cit.*, p. 164 s. ; R. Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes* (Thèse, Paris), 1893, p. 76.

(4) Dastarac, *op. cit.*, p. 166. — Paris, 13 août 1883, *Le Droit*, 20 août.

3° C'est le ministre des affaires étrangères, et non le préfet, qui doit être mis en cause par l'individu auquel un certificat d'immatriculation a été refusé par un consul français, sous ce prétexte qu'il était étranger (1).

4° Par une nouvelle application de notre règle, l'individu contre lequel un arrêté d'expulsion a été pris par le ministre de l'intérieur ou dont l'extradition a été accordée à une puissance étrangère sur le rapport du ministre de la justice, devrait pouvoir faire reconnaître sa qualité de Français, en actionnant le ministre qui a pris ou fait prendre la mesure contre laquelle il proteste ; mais sur ce point la pratique ne paraît pas favorable (2).

5° C'est contre le procureur de la République, et non contre le préfet, que doit être formée la demande d'une personne qui se plaint, à raison de son extranéité, de l'arrestation ordonnée contre elle par un consul français dans un pays de capitulations (3).

6° Enfin le préfet ne peut figurer dans un procès relatif à la nationalité d'un individu que lorsqu'il a reçu expressément de la loi compétence à cet effet, ou que celle-ci découle naturellement de ses attributions, ou qu'enfin aucun autre représentant de l'autorité publique ne peut puiser dans ses fonctions le droit d'intervenir dans un procès de cette nature : il représente en effet le gouvernement toutes les fois que celui-ci n'a pas de représentant spécial et attitré pour la défense des intérêts de l'Etat. C'est par l'une de ces considérations qu'on peut expliquer plusieurs décisions judiciaires (4).

589. Il est admis que le jugement rendu sur une contestation de nationalité n'a, conformément au principe de l'art. **1351**, l'autorité de la chose jugée qu'entre les personnes qui ont été parties à l'instance ou représentées et qu'en ce qui concerne l'intérêt, civil ou public, à propos duquel cette con-

(1) Cf. Cogordan, p. 418. — Trib. Seine, 28 août 1878, cité par cet auteur.

(2) Cf. Cogordan, p. 415 et 417.

(3) Trib. Seine, 22 janv. 1888, *Le Droit*, 17 déc. 1887 et 25 fév. 1888.

(4) Grenoble, 16 déc. 1828, S., 29. 2. 23, D., 29. 2. 73. — Req. rej., 15 nov. 1836, S., 36. 1. 937, D., 36. 1. 451.

testation s'est élevée d'une façon incidente [1]. On ne voit pas en effet comment il pourrait être permis de s'écarter de ce principe, alors que la question de nationalité n'est pas, dans notre législation, susceptible de se poser d'une façon principale, et, par suite, d'être tranchée d'une manière définitive par une décision judiciaire qui serait opposable à tous. Ce n'est donc pas seulement parce que cette question se pose incidemment que l'effet de cette décision reste purement relatif, car on reconnaît que les jugements intervenus sur d'autres questions d'état soulevées dans les mêmes conditions peuvent jouir parfois d'une autorité plus large. Mais c'est qu'alors elles peuvent aussi former par nature l'objet principal d'un débat, de telle sorte qu'à raison de leur importance propre on puisse et on doive faire abstraction de la manière dont elles se sont posées au procès et attribuer toujours la même force au jugement qui les résout. Or la contestation de nationalité ne peut jamais faire l'objet principal d'une instance : la décision qui la termine ne peut donc avoir d'autorité que pour le litige au cours duquel elle est née accessoirement comme une simple cause de demande ou d'exception, et entre les parties qui y ont été engagées. Et il peut intervenir à ce sujet autant de décisions qu'il y a d'intérêts sur le règlement desquels la nationalité influe.

La seule difficulté peut être de déterminer, dans certaines circonstances, l'objet précis du litige et le cercle des personnes qu'il faut considérer comme ayant été parties ou représentées au procès. Toutefois il paraît certain que le jugement intervenu sur la nationalité d'un homme ne peut pas être invoqué par ses enfants, pas plus qu'il ne peut leur être opposé, lorsque leur propre nationalité est contestée, parce que sous ce rapport ils ne sont aucunement ses ayants droit et n'ont pas été représentés par lui [2]. De même, le juge-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Question d'état*, § III, n. 13; Demolombe, V, n. 321; Bonnier, *Des preuves*, n. 889 ; Griolet, *Autorité de la chose jugée* (Thèse, Paris), 1867, p. 141 ; Chéneaux, *Autor. de la chose jugée sur les quest. d'état et de cap.*, (Thèse, Bordeaux), 1895, n. 199 ; R. Bufnoir, *op. cit.*, p. 75 s., et. p. 19; Dastarac, *op. cit.*, p. 172 s.

[2] Bonnier, *loc. cit.* ; Chéneaux, *loc. cit.*; Dastarac, *op. cit.*, p. 180 et 181. —

ment qui statue sur la nationalité d'un individu au sujet de la loi militaire n'a aucune autorité dans ses rapports avec le particulier qui demande sa radiation des listes électorales ou qui lui réclame, comme étranger, la caution *judicatum solvi* [1]. De même enfin la validation, par une chambre législative, de l'élection de l'un de ses membres, contestée à raison de sa prétendue extranéité, ne saurait empêcher des particuliers de remettre en question, à l'occasion d'un intérêt différent, sa véritable nationalité [2]. Mais, par une exception à la règle, plus apparente que réelle et qui procède du caractère propre de l'action qui appartient aux électeurs d'une même circonscription pour critiquer la confection des listes électorales, les décisions qui interviennent à ce sujet à la demande de l'un d'eux et qui statuent sur une question de nationalité, sont susceptibles d'avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres, parce qu'ils sont censés légalement avoir été représentés par lui [3].

§ VI. *Des conflits de nationalités.*

590. Théoriquement tout individu devrait avoir une nationalité et n'en avoir qu'une. En fait il peut arriver qu'il en ait plusieurs ou qu'il n'en ait pas. Ces conflits positifs ou négatifs de nationalités naissent des divergences profondes qui existent entre les diverses législations au sujet des modes d'acquisition ou de perte de la nationalité et de leurs conséquences. Non seulement, en effet, elles peuvent se rattacher à des systèmes entièrement différents, à celui du *jus soli*, à celui du *jus sanguinis* ou à une conception intermédiaire, mais elles les entendent encore souvent de façons très variées, de telle sorte que dans le détail de l'organisation du système les divergences s'accentuent et s'aggravent. Un même individu, par exemple, peut être revendiqué par deux pays, tous deux

Pau, 23 juil. 1889, S., 90. 2. 183, D., 90. 2. 85. — *Contra :* Poitiers, 26 juin 1829, S., 30. 2. 99, D., 30. 2. 149.

(1) Dastarac, *op. cit.*, p. 176 s. — *Contra :* Civ. rej., 19 juil. 1893, S., 93. 1. 527, D., 93. 1. 601.

(2) Dastarac, *op. cit.*, p. 173 s.

(3) Dastarac, *op. cit.*, p. 181, et les autorités citées.

attachés pourtant au *jus sanguinis,* soit parce que d'après leurs lois il faut se placer à des époques différentes pour la détermination de sa nationalité d'origine, soit parce que l'auteur dont l'enfant prend la nationalité n'est pas le même dans les deux lois et que, d'autre part, ses auteurs n'ont pas la même nationalité. Bien mieux, le conflit peut s'élever entre pays ayant identiquement la même législation, comme il en fut pour la France et la Belgique autrefois au sujet de l'art. 9. Ainsi l'enfant né de parents français sur le territoire belge et qui avait opté pour la Belgique en conformité de cette disposition, laquelle y était en vigueur comme chez nous, y était tenu pour Belge, tandis qu'il était réputé Français dans notre pays avant la loi de 1889 (1).

Il serait ici inutile d'insister plus longtemps sur les trop nombreuses circonstances dans lesquelles un conflit de cette nature peut naître (2), et superflu de montrer quelle en est la gravité : à cet égard il suffit de se rappeler quels intérêts, publics et privés, sont engagés dans la solution des questions de nationalité. Or cette solution est rendue plus particulièrement difficile par l'impossibilité où l'on est d'appliquer à la matière les principes fondamentaux du droit international privé : le conflit ne saurait être résolu par l'application de la loi personnelle de celui dont la nationalité est douteuse, puisque c'est de cette nationalité que dépend précisément cette loi. A vrai dire aussi, le conflit, à raison même de sa nature, est plutôt supprimé que résolu. Dans l'antagonisme qui éclate entre plusieurs lois qui revendiquent toutes le même individu, aucune ne saurait primer l'autre et toutes l'atteignent autant qu'elles le peuvent matériellement : il leur appartient à toutes et se trouve à la merci de chacune d'elles, puisque les lois sur la nationalité sont une émanation directe de la souveraineté des Etats, qui décident quels sont leurs ressortissants dans la plénitude de leur indépendance.

(1) Weiss, I, p 265 s. ; Herbaux, *Rev. prat.*, 1882, LI, p. 155. — Douai, 14 déc. 1881, *J. Clunet,* 1882, p. 416.

(2) Cf. Laurent, I, n. 367 s. ; Weiss, I, p. 255 s. et 678 s. ; Despagnet, n. 109, 122, 141 et 148 *in fine* ; Cogordan, p. 37 s., 149 s., 186 s., 280 s., 312 s. ; Robinet de Cléry, *Rev. prat.*, 1876, XLII, p. 174 s.

Nous n'avons pas à rechercher, dans ce traité de droit civil, comment peuvent être ou ont été parfois résolus, soit par la voie législative, soit par la voie diplomatique, les conflits de nationalités [1], mais seulement, lorsqu'ils subsistent, les principes qu'il convient de leur appliquer. Or, à cet égard, une distinction doit être faite suivant que la contestation de nationalité s'élève dans l'un des pays qui comptent l'intéressé parmi leurs ressortissants ou qu'elle s'élève en tout autre lieu.

591. Première hypothèse. Le conflit s'élève entre deux nationalités, dont l'une est celle du pays même où il doit être tranché par le juge. Celui dont la nationalité est en cause est, par exemple, un individu né de parents français, et Français comme tel aux yeux de la loi française, et qui, né en Angleterre, est de ce chef Anglais au regard de la loi anglaise, ou encore qui, établi au Vénézuéla, est devenu à ce titre Vénézuélien d'après la loi de ce pays. Et c'est un juge français, d'autre part, qui est saisi de la contestation. Il est certain qu'il devra appliquer la loi française : chaque nation, en matière de nationalité, ne peut connaître que sa loi. Ainsi l'exige le respect de sa souveraineté, qui recevrait la plus grave atteinte s'il pouvait dépendre d'un autre Etat de soustraire à son autorité les individus qu'elle considère comme ses nationaux, et de les dispenser par suite des devoirs dont ils sont tenus envers elle ou de leur conférer des droits qu'elle leur refuse. En d'autres termes, les lois relatives à la nationalité sont d'ordre public international au premier chef et excluent comme telles, dans chaque pays, l'application de la loi étrangère : celui qu'elles réclament comme national n'y saurait être réputé étranger, quelles que soient sur ce point les dispositions de cette loi [2].

Mais, si la règle est aussi simple qu'elle est indubitable, on observera qu'elle supprime le conflit sans le résoudre : il subsiste à l'état latent, pour éclater de nouveau dès que l'in-

[1] Cf. Weiss, *loc. cit.* ; Despagnet, n. 112 et 122. — Cf. aussi les principes communs dont l'adoption a été proposée par l'Institut de droit international, dans sa session de Venise, en 1896 (*Annuaire de l'Institut*, 1896, XV, p. 270).

[2] Laurent, I, n. 368 ; Weiss, I, p. 254 et 677 ; Despagnet, n. 109 et 111 ; Surville et Arthuys, n. 108.

téressé se trouve dans le second des pays qui lui confèrent leur nationalité. Déclaré Français en France, il pourrait être déclaré Anglais en Angleterre et Vénézuélien au Vénézuéla, et avoir à répondre en cette qualité d'actes que son autre nationalité lui imposait ou d'omissions auxquelles elle l'obligeait. Ces situations, si profondément regrettables, ne peuvent évidemment trouver leur remède que dans des modifications législatives ou mieux encore dans des conventions internationales.

592. Deuxième hypothèse. Le conflit s'élève entre deux ou plusieurs nationalités dont aucune n'est celle du pays du juge. Ce dernier pays est donc entièrement désintéressé dans la question : sa loi ne revendique pas celui dont la nationalité est douteuse. Quelle est alors la loi étrangère qui doit l'emporter? Est-ce, par exemple, la loi italienne ou la loi anglaise, s'il s'agit d'un individu né en Angleterre de parents italiens, et que le tribunal saisi de la difficulté soit français? On ne voit pas quelle peut être la raison de choisir entre ces deux lois également souveraines, qui devraient être à ce titre toutes deux respectées dans un tiers pays, et qui cependant ne sauraient l'être concurremment. Le juge semble donc placé dans une impasse : comment peut-il en sortir, en s'acquittant de sa fonction?

593. La question a été résolue très différemment par les auteurs, et non sans hésitation.

D'après un premier système [1], ou bien c'est un étranger qui réclame, dans un pays qui n'élève sur lui aucune prétention, la nationalité de celui où il est né, en vertu du *jus soli* qui y est en vigueur, ou celle de ses parents, en vertu du *jus sanguinis* inscrit dans la loi de ses auteurs : le juge doit alors nécessairement accueillir sa réclamation parce que, dit-on, il est « obligé au respect des lois d'ordre public d'un autre pays ». Il est vrai qu'ainsi « une personne pourra, à son gré, dépouiller ou revêtir l'une ou l'autre des deux nationalités »; mais « ce résultat est la conséquence certaine de principes certains ». Ou bien « une personne originaire d'un pays sou-

[1] Pillet, *De l'ordre public en dr. intern. privé*, p. 90 s.

mis au juge *soli* s'attribue devant nos tribunaux la nationalité de son origine, tandis que son adversaire lui impute la nationalité de son lieu de naissance, ou inversement ». Et alors le juge, placé en présence « de deux prétentions contradictoires également fondées », doit « s'abstenir de juger, jusqu'à ce que les parties se soient mises d'accord sur la question ».

Ces deux propositions nous paraissent l'une et l'autre inacceptables. Pour la première, d'abord elle ne donne satisfaction qu'à moitié au principe qu'elle veut respecter : si la réclamation de l'étranger doit être accueillie, parce que la loi dont il se prévaut est d'ordre public international et souveraine, celle dont il ne se prévaut pas, ayant le même caractère, n'a pas moins de titre à être suivie, de telle sorte que statuer d'après l'une d'elles, c'est violer l'autre nécessairement. Mais c'est aussi remettre à la seule volonté de l'étranger la détermination de sa nationalité et l'autoriser à choisir, suivant son intérêt du moment, celle à laquelle il veut se rattacher. — La seconde solution ne nous semble pas plus heureuse. Comment sérieusement obliger le juge à se déclarer incompétent, sous prétexte que les prétentions élevées devant lui sont inconciliables, jusqu'à ce que les parties aient d'un commun accord déterminé la nationalité contestée? Mais de quel poids peut donc être en pareille matière la volonté des parties, et comment d'ailleurs attendre d'elles un arrangement, fût-il licite, qui résoudrait le plus souvent par lui-même le litige? Si on suppose, par exemple, que le débat, qui s'élève entre un Français et un étranger dont la nationalité est douteuse, porte sur la validité d'une convention intervenue entre eux, et que cette validité dépende justement de la capacité de l'étranger, ne voit-on pas que renvoyer les parties à s'accorder sur cette nationalité ce serait commettre le plus flagrant déni de justice?

594. On a proposé un autre système, à la fois plus rationnel et plus équitable [1]. La nationalité de l'individu qui se

[1] Weiss, I, p. 272 et 678 s.; Surville et Arthuys, n. 108. — Cf. Fiore, *Le droit intern. privé* (2e édit., trad Antoine), I, n. 347.

rattache à deux patries différentes serait déterminée par son domicile, si celui-ci était établi dans l'une d'elles, parce qu'en s'y fixant il aurait par là « affirmé son intention de se soustraire à l'autre », et que « la présomption de volonté sur laquelle repose l'attribution de celle-ci ne résiste pas à une manifestation aussi formelle ». Si l'individu n'était domicilié dans aucun des pays qui le comptent au nombre de leurs ressortissants, le juge, « placé entre deux nationalités rivales, devrait se prononcer pour celle dont la détermination se rapproche le plus des règles admises par sa loi », par la loi française donc, si la contestation s'était élevée en France.

Cette opinion, qui serait à la rigueur admissible si, de toute nécessité, le juge d'un tiers pays devait statuer sur la nationalité contestée pour résoudre le différend qui lui est soumis, soulève cependant de grosses objections théoriques, sans parler de la difficulté qu'il pourrait parfois y avoir à dire quelle est la loi qui s'écarte le moins, par ses dispositions, de celle du juge. D'abord le domicile n'est point, comme on le reconnaît, attributif de nationalité : son établissement en un certain lieu peut dépendre de causes souvent indépendantes de la volonté de l'intéressé, et dès lors ne manifeste nullement l'intention de sa part d'accepter une nationalité et d'en répudier une autre. Puis, lors même qu'il pourrait en fait fournir une indication à cet égard, il resterait à savoir si celle-ci serait, en droit, susceptible d'être prise en considération. Or la négative ne semble pas douteuse, car il n'appartient pas à l'individu sur lequel deux pays élèvent concurremment les mêmes prétentions de déclarer l'une d'elles bien fondée et de choisir sa nationalité. Elle lui est conférée d'autorité par chacun d'eux, et il ne peut la perdre que par l'un des modes qu'ils consacrent comme réguliers : or, par hypothèse, l'établissement du domicile à l'étranger n'est pas un de ces modes, sans quoi il n'y aurait plus de conflit. Enfin le juge qui se déciderait, dans le doute, d'après les inspirations de sa propre loi, pour prononcer entre deux autres lois rivales, ferait intervenir la souveraineté de son propre pays dans un conflit de souverainetés où elle n'a que faire et porterait nécessairement atteinte à l'une d'elles.

595. Bien plus, et cette remarque va nous permettre de conclure, la solution donnée pour le cas où l'individu dont la nationalité est douteuse est domicilié dans un tiers pays, paraît difficilement conciliable avec celle qu'on admet généralement en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes ayant plusieurs patries : cet état et cette capacité, décide-t-on, sont alors régis par la loi de leur domicile [1]. Mais comment seraient-ils régis de la sorte si, grâce à la règle posée, leur nationalité pouvait être déterminée d'une façon certaine ? Ne devrait-on pas alors de toute nécessité leur reconnaître le statut personnel organisé par la loi de l'Etat dont elles relèvent et quel prétexte y aurait-il de leur en imposer un autre, contrairement à la règle de l'art. 3, al. 3? A notre sens, le principe admis par l'opinion commune pour l'appréciation du statut personnel des individus qui, ayant une double nationalité, se trouvent sur le territoire d'une tierce puissance, implique qu'en présence du conflit des lois étrangères le juge ne prononcera pas entre elles et se déterminera uniquement, pour trancher la difficulté qui lui est soumise, d'après la loi du domicile. Or ce principe suffira au juge pour trancher tous les différends dont il pourra être saisi, car on ne voit pas pourquoi son application devrait être admise dans les cas seulement où il y a une question de statut personnel engagée, et repoussée dans tous les autres : évidemment, quel que soit l'intérêt litigieux, les mêmes raisons la recommandent. Nous croyons donc inutile, si du moins le principe invoqué n'est pas contesté, de résoudre le conflit de nationalités lui-même : l'observation de la loi du domicile permet de ne pas rechercher la solution d'une question d'ailleurs rationnellement insoluble. Nous ajouterons que l'application de cette loi évitera aux tiers, en pratique, les surprises auxquelles pourrait les exposer toute autre façon de résoudre le conflit, et permettra souvent au juge de se référer à sa loi personnelle, parce que l'individu dont la nationalité est contestée habiterait le pays où le débat s'est engagé [2].

[1] Cf. *supra*, n. 210.

[2] Cette opinion a été acceptée par M. Despagnet, dans sa 3e éd., n. 110.

SECTION II

DES ÉTRANGERS ET DE LEUR CONDITION EN FRANCE [1]

§ I. *Historique.*

596. L'exclusivisme est le propre des sociétés primitives. Dominées par l'idée religieuse ou politique, elles ne manquent pas de refuser la communication de leurs institutions juridiques à tous ceux qui ne participent pas au culte de la cité ou qui, ne comptant pas parmi ses membres, pourraient profiter des facultés que son droit accorde aux citoyens pour la détruire ou la diminuer. L'étranger n'est, dans cette première période, qu'un ennemi qu'on tolère en le surveillant, et il ne peut guère assurer son existence qu'en se plaçant sous la protection d'un citoyen qui devient son répondant et qui lui sert d'intermédiaire obligé dans la défense de tous ses intérêts.

Puis, à mesure que la société nouvelle s'affermit, que la puissance politique y est mieux assise, et qu'elle a moins à craindre les entreprises du dehors, à mesure aussi que les croyances religieuses s'affaiblissent, une pensée plus humaine à l'étranger se fait jour : il est admis à jouir de certaines

[1] Bacquet, *Tr. du dr. d'aubeine;* Pothier, *Tr. des pers.*, part. I, tit. II ; Semonin de Saint-Gerans, *De usu hodierno juris albinagii in Gallia,* Argentorati, 1785 ; Gaschon, *Code diplom. des Aubains*, Paris, 1818 ; Guichard, *Tr. des droits civils,* Paris, 1821 ; Legat, *Code des étr.*, ou *Tr. de la lég. fr. concernant les étr.*, Paris, 1832 ; Sapey, *Les étr. en Fr. sous l'anc. et le nouv. droit*, Paris, 1843 ; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étr. en Fr. dans l'anc. et le nouv. droit,* Paris, 1844 ; Soloman, *Essai sur la cond. jurid. des étr. dans les législ. anciennes et le droit moderne,* Paris et Tours, 1844 ; Gand, *Code des étr.*, Paris, 1854 ; Poiré, *De la cond. civ. des étr.* (Thèse Paris), 1878 ; Bonne, *Etude sur la cond. des étr. en France, Mémoires de la Société des Lettres* de Bar-le-Duc, 1879, p. 158 ; 1880, p. 165 ; de Folleville, *De la cond. jur. des étr. en Fr.*, Paris, 1880 ; Beaune, *La condition des personnes*, Paris, 1882, liv. I, tit. I ; Durand, *Essai de dr. intern. privé, précédé d'une étude histor. sur la cond. des étr. en Fr.,* Paris, 1884 ; Cauwès, *Grande encyclopédie*, v° *Aubains ;* Portalis, *Des droits des étrangers, Rev. de lég. et de jurispr.*, 1842, XVI, p. 122 ; Hennequin, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1852, XLV, p. 72 ; Barilliet, *Etudes de dr. int. pr.*, *Rev. prat.*, 1863, XV, p. 141 s., 521 s. ; XVI, p. 551 s. ; Prévost de Brebières, *Rev. crit.*, 1869, XXXV, p. 239 ; Glasson, *J. Clunet*, 1905, p. 513. — Cf. au surplus la bibliographie donnée par M. Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. intern. pr.*, II, p. III s.

facultés légales, de celles qui sont le plus nécessaires au soutien de sa vie et qui, d'autre part, sont le moins susceptibles d'être considérées comme des créations artificielles de la loi. Peu à peu s'accuse une distinction, plus ou moins nette, entre les droits qu'il y aurait inhumanité véritable à refuser à ceux qui ne font pas partie de l'agrégat où ils vivent, et les droits qui, reconnus aux citoyens, ne doivent appartenir qu'à eux seuls, parce qu'ils dérivent plus ou moins directement et exclusivement des principes sur lesquels repose la constitution propre de la cité.

Mais, par la suite, deux faits tendent à effacer cette distinction des *droits civils* proprement dits et des *droits naturels* ou *des gens*. D'une part, avec les progrès de la civilisation et la pénétration réciproque des groupes sociaux, leurs institutions juridiques, très divergentes à l'origine, se rapprochent peu à peu les unes des autres, de telle sorte que la communication du droit national à l'étranger devient de moins en moins difficile et de plus en plus naturelle. D'autre part, la multiplication des relations qui s'établissent de pays à pays, la fréquence croissante des déplacements des individus rendent chaque jour désirable que celui qui a quitté sa patrie puisse trouver sur le nouveau sol qu'il habite l'équivalent ou à peu près des droits que lui concédait celle-ci. Le développement économique travaille ainsi à l'amélioration graduelle de la condition juridique des étrangers, auxquels le commerce fait donner le titre d'*omnium civitatum cives,* tandis qu'une philosophie de plus en plus humaine et généreuse considère tous les hommes comme les membres d'une même famille et que l'idée de la solidarité qui lie les peuples bon gré mal gré est de mieux en mieux confirmée par l'observation des phénomènes sociaux. Comment faire dès lors à l'étranger une situation sensiblement inférieure à celle des ressortissants du pays où il s'est établi? Elle tend donc à devenir la même, au moins dans le domaine des droits privés, car la nature des choses s'oppose à ce que l'étranger jouisse des mêmes droits politiques, à raison des devoirs exclusifs qu'impose la qualité de citoyen dans chaque pays.

Toutefois, par un de ces retours qui ne sont point rares

dans l'histoire des sociétés, il ne serait pas impossible que la même force qui les a rapprochées dans le passé fût appelée à les diviser dans l'avenir. La concurrence économique, de plus en plus âpre entre les nations comme entre les individus, menace de nous montrer en chaque étranger, comme autrefois, un rival plutôt qu'un égal des nationaux, susceptible comme tel d'être soumis à des obligations spéciales plus ou moins lourdes, plus ou moins vexatoires (paiement d'une taxe, déclaration de résidence, etc.), ou même d'être exclu tout à fait de la participation à certains droits, comme le droit de propriété foncière.

597. Telle est en bref l'évolution des idées relatives à la condition des étrangers ; il faut la suivre maintenant à travers l'histoire.

Rome, à l'origine, voit en tout étranger un ennemi, *hostis :* n'adorant pas les mêmes dieux que le citoyen, il ne peut avoir non plus le même droit, *jus civile,* à raison du caractère religieux dont celui-ci est tout imprégné dans la cité primitive. Mais l'étranger ne saurait non plus réclamer l'application de sa propre législation : l'indépendance et la souveraineté de la ville nouvelle en seraient comme diminuées. Un seul parti s'offre à lui pour assurer le respect de sa personne et de ses biens : se placer, par l'*hospitium* ou le *patronatus,* sous la protection d'un citoyen, qui lui communiquera le bénéfice de sa participation au droit.

Mais bientôt, avec la consolidation de la puissance de Rome, l'extension de ses conquêtes et l'établissement de relations suivies entre elle et les peuples qui l'entourent, elle sent le besoin et comprend la possibilité de traiter moins durement l'étranger. Et s'inspirant avant tout des nécessités de sa politique et des suggestions de son intérêt, elle en arrive à séparer en de nombreuses catégories toutes les personnes qui n'ont pas la qualité de *cives romani :* alliés, peuples passés sous sa domination, étrangers véritables avec lesquels elle entretient un commerce, barbares qu'elle ne veut connaître que pour s'en défendre. Si tous, sauf ces derniers, portent, au sens large du mot, le nom de *peregrini* (1), ils se

(1) Gaius, I, 79; Ulpien, *Reg.*, XXII, 2.

distinguent en *Latini veteres*, en *Latini coloniarii*, en *Latini juniani*, en *pérégrins* proprement dits, en déditices et en barbares.

598. Les *Latini veteres*, membres de la Confédération des villes du Latium dans laquelle Rome entra en 260, reçurent à l'origine le *jus suffragii*, le *connubium* et le *commercium* ; mais ils furent privés des deux premiers après la destruction de la Confédération, en 416, jusqu'au jour où, à la suite de la guerre sociale, la *lex Julia* et la *lex Plautia* leur conférèrent le *jus civitatis* avec tous ses attributs (1). Dès lors le *jus latii* ne désigna plus qu'un ensemble de prérogatives dont furent appelées à bénéficier, en dehors de l'Italie, des villes ou des contrées entières, comme la Gaule Cisalpine transpadane et l'Espagne.

Comme les *Latini veteres* à la fin, les *Latini coloniarii* ou habitants des colonies latines, et les *Latini Juniani* ou esclaves affranchis en dehors des conditions où l'affranchissement en faisait des citoyens, ne jouissaient que du *jus commercii*. Mais la condition des Latins Juniens était encore moins bonne que celle des autres Latins, en ce qu'ils ne puisaient dans le *commercium*, ni la faculté de tester, de telle sorte qu'à leur mort leurs biens revenaient à leur patron *jure peculii*, ni le *jus capiendi ex testamento* : ils ne pouvaient recueillir par testament, aux termes de la loi *Junia Norbana*, que s'ils étaient devenus citoyens du vivant du testateur ou dans les cent jours de son décès (2).

Quant aux pérégrins proprement dits, peuples sujets ou indépendants de Rome, mais dans tous les cas entretenant avec elle des relations, ils ne participent en rien au *jus civile*. Dépourvus de tous droits politiques, n'ayant ni le *connubium* ni le *commercium*, ils jouissent seulement du *jus gentium*, c'est-à-dire, dans la conception qu'on s'en fait alors, de tous les droits qu'un peuple ne peut pas raisonnablement refuser à un autre et qu'on retrouve partout les mêmes. Mais ils ont aussi la faculté d'invoquer le droit propre de leur cité, si du

(1) Gaius, I, 57; Ulpien, *Reg.*, V, 4 ; XIX, 4.
(2) Gaius, III, 56 s.; Ulpien, *Reg.*, XIX, 4; XX, 14.

moins ils se rattachent à une *certa civitas*. La privation du *connubium* les empêche de pouvoir contracter des *justæ nuptiæ*, d'avoir la *patria potestas* sur leurs enfants : celle du *commercium* leur ferme l'accès à la propriété quiritaire et à tous les modes d'acquisitions qui relèvent du *jus civile*, mancipation, *in jure cessio*, usucapion, etc. ; certaines formules de stipulation leur sont pareillement interdites. Et néanmoins ils trouvent le plus souvent dans le *jus gentium* des équivalents de ce que le *jus civile* leur refuse : leur union conjugale, pour être un simple *matrimonium* du droit des gens, n'en est pas moins légitime, ils ont sur leurs enfants une autorité qui ressemble à la puissance paternelle, la propriété bonitaire et la propriété provinciale leur restent accessibles, et l'occupation, la tradition, la *præscriptio longi temporis* peuvent les y conduire ; la stipulation et le contrat *litteris* sous certaines réserves, les contrats réels et consensuels leur permettent d'obliger comme de s'obliger. Enfin un magistrat spécial, le préteur pérégrin, organise, depuis l'an 507 de Rome, les instances où ils sont engagés (1). Toutefois, s'ils peuvent transmettre ou recueillir *ab intestat*, ils ne peuvent rien recevoir par testament : sur ce point le *jus gentium* les laisse dans un état de réelle infériorité par rapport aux citoyens.

Au-dessous des pérégrins venaient les déditices, c'est-à-dire les populations des pays qui s'étaient rendus à discrétion, auxquelles on assimilait les affranchis qui, pendant leur esclavage, avaient été soumis à des châtiments infamants : incapables d'arriver à la cité romaine, ils ne pouvaient résider à Rome, ni dans un rayon de cent milles autour de Rome (2). Au-dessous encore, et au dernier degré de l'échelle, les barbares, avec lesquels le peuple romain se considérait comme étant en état de guerre perpétuelle, et qui dès lors, comme tels, étaient sans droits (3).

(1) Gaius, I, 25. 55-57, 119, 189, 193 ; II, 31, 40, 218, 285 ; III, 93-96, 120, 133, 134 ; Ulpien, *Reg.*, V, 4 ; XIX, 4 ; XX, 15 ; Justinien, *Instit.*, § 1, *De jure nat., gent. et civ.*, I, 2.

(2) Gaius, I, 13 et 14.

(3) L. 5, 2, D., *De captiv. et de postl.*, XLIX, 15.

Toutes ces conditions si variées ne se retrouvent pas d'ailleurs dans le dernier état du droit romain. Les institutions du droit civil se sont peu à peu fondues dans celles du *jus gentium*, en même temps que le *jus civitatis*, maintenant dépouillé de tous ses attributs politiques, était conféré, par grandes masses, aux populations de l'Empire. Sous Justinien, entre le citoyen et le barbare il n'y a plus de situation intermédiaire (1).

599. Lorsque, après l'invasion, les barbares eurent fondé leurs établissements en Gaule, par étranger, *Warganeus*, on désigna, non plus comme auparavant l'individu qui n'était pas affilié à la tribu, cette association d'hommes libres, mais celui qui était né en dehors du territoire occupé par celle-ci. Cet étranger chez les Francs est hors la loi : il n'a ni biens, ni famille, et le plus souvent même il tombe en servage : la « recommandation » est le seul moyen qui s'offre à lui pour échapper à cette condition rigoureuse, et elle consiste à demander la protection d'un seigneur en échange de sa propre indépendance (2).

600. A l'époque féodale, tout individu qui s'établit dans une seigneurie dont il n'est pas originaire, qu'il soit né en France ou hors du royaume, s'appelle un « aubain » (3). L'aubain devait, dans l'an et jour de son arrivée, faire aveu au seigneur, c'est-à-dire reconnaître son autorité, faute de quoi celui-ci avait prise sur sa personne et sur ses biens. Suivant les Coutumes d'ailleurs, l'aubain était réduit à la condition de serf ou seulement assujetti à certaines charges, parmi lesquelles les droits de chevage (4) et de formariage représentent les plus connues; et, à sa mort, sa succession revenait en tout ou en partie au seigneur par « droit d'aubaine », sans qu'il pût par un testament prévenir ce résultat, le droit de

(1) Cf. Despagnet, n. 24 ; Weiss, *Tr. élément. de dr. int.*, p. 8-17.

(2) Cf. Despagnet, n. 25 s. ; Weiss, p. 17-21 ; Demangeat, n. 3-6.

(3) Sur l'étymologie de ce mot, cf. Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. I, règ. XLIX ; de Laurière, *Glossaire*, v° *Aubain;* Ferrières, *Nouv. introd. à la practique*, I, v° *Aubain;* du Cange, *Glossaire*, v° *Albanaginum* et *Albani; Nouv. Denizart*, v° *Aubaine*, n. 3 ; Sapey, *op. cit.*, p. 52 ; Soloman, Introd., p. 84, note 16 ; Demangeat, p. 67 s. ; Durand, p. 123 ; Despagnet, n. 28.

(4) Cf. Merlin, *Rép.*, v° *Chevage*.

tester, qui lui appartint peut-être à l'origine, ayant fini par lui être enlevé.

Mais la royauté, non contente d'exercer le droit d'aubaine dans les domaines de la couronne, allait entrer en lutte avec les seigneurs féodaux, pour le leur disputer dans leurs fiefs.

Depuis le XIIIe siècle, avec l'aide des légistes (1), elle travaille à en faire un droit régalien, d'abord en permettant à l'aubain de se soustraire à l'autorité du seigneur par l'aveu qu'il fait au roi lui-même, puis, plus tard, en lui défendant de faire aveu à tout autre qu'à celui-ci. Au XVIIe siècle elle l'a emporté définitivement, et Colbert songe à faire consacrer sa conquête par une ordonnance. A la fin de l'ancien régime, le droit du roi, en dépit des dispositions contraires de quelques Coutumes, est proclamé par tous les jurisconsultes (2).

601. Qu'est devenue à cette époque la situation des aubains, c'est-à-dire désormais de ceux qui sont nés hors du royaume (3)?

Au point de vue du droit public, ils ne peuvent « ni posséder un bénéfice, ni tenir un office, ni faire... aucune fonction publique de quelque nature qu'elle soit. Ils ne doivent pas être reçus au serment d'avocat; ils ne pourraient pas être principaux ni régents dans les universités. Il faut même observer qu'on ne confère des degrés à des étrangers qu'à la charge de n'en pas faire usage dans le royaume ». Il leur est également impossible de prendre à ferme le temporel des bénéfices ecclésiastiques ou les taxes royales (4).

(1) Cf. Bacquet, *op. cit.*, I, ch. IV, n. 2; Choppin, *Dr. du domaine de la couronne*, liv. IV, ch. XXVIII.

(2) Cf. Laurière, *Gloss.*, v° *Aubaine:* Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XLV; du Cange, *Gloss.*, v° *Albani;* Bacquet, *op. cit.*, I, ch. III, n. 10 et 12; ch. IV, n. 2, et *passim;* Denizart, v° *Aubaine;* Pothier, *Tr. des pers.*, part. I, tit. II, sect. 2, n. 49. — Cpr. Despagnet, n. 29 s.; Weiss, p. 20 s.; Viollet, *Précis de l'hist. du dr. franç.*, I, p. 311 s.

(3) Bacquet, *op. cit.*, I, ch. III, n. 12 et 19. Des aubains proprement dits, c'est-à-dire des individus « naiz en ville dehors le royaume, si prochain que l'on peut cognoistre leurs noms et nativitez », on distinguait d'ailleurs les *épaves*, ou individus « naiz dehors le royaume de si loingtains lieux, que l'on n'en peut au royaume avoir cognoissance de leur nativitez ». Mais le terme générique d'aubains s'appliquait à la fois aux uns et aux autres.

(4) Pothier, *loc. cit.* — Cf. Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. I, règ. LV; Bacquet, *op. cit.*, II, ch. XV, n. 8.

Dans le domaine du droit privé, les étrangers jouissent des facultés qui découlent du droit des gens, mais non de celles qui sont une dépendance du *jus civile* [1] : la vieille distinction romaine reparaît ainsi, sous l'influence des légistes, mais après avoir subi de nombreuses déformations. L'étranger peut se marier, mais il n'aura pas la puissance paternelle sur ses enfants ; l'adoption tant qu'elle subsiste, l'affiliation là où elle est admise, la tutelle lui sont interdites : voilà pour les droits de famille. Quant aux droits pécuniaires, il peut être propriétaire de biens meubles ou immeubles, contracter, ester en justice, aliéner et acquérir à titre onéreux, et même à titre gratuit, mais seulement par donation entre-vifs, parce que tous ces actes sont considérés comme appartenant au droit des gens. Pour certains actes d'une nature douteuse, comme le don mutuel entre conjoints, l'institution contractuelle, la prescription, les jurisconsultes discutent, mais leurs décisions sont en général favorables aux aubains [2]. Il leur est enfin permis de se livrer au commerce, sauf à ne pouvoir faire la banque « sans une caution suffisante de 150,000 livres, reçue devant le juge des lieux et renouvelée tous les cinq ans » [3].

Ils sont incapables, au contraire, de transmettre et de recevoir des biens situés en France, soit par succession ab intestat, soit par testament, soit par tout autre acte à cause de mort, parce que tous les actes de cette nature sont considérés comme appartenant au droit civil *stricto sensu* [4]. C'est le roi qui, par droit d'aubaine, s'empare des biens que l'étranger ne peut ainsi recueillir ou dont il ne peut disposer. D'ailleurs, si l'incapacité de recevoir est absolue, celle de transmettre souffre de notables exceptions. Lorsque d'abord l'étranger laisse un ou plusieurs enfants légitimes et régnicoles, c'est-à-dire nés ou naturalisés en France, et y demeurant, ceux-ci

[1] Ferrière, *Nouv. inst. cout.*, liv. I, tit. II, art. 3 ; Pothier, *loc. cit.*, et *Introd. aux Coutumes*, ch. II, § 2, n. 30.

[2] Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. I, règ. LI ; Bacquet, *op. cit.*, II, ch. XVII ; Pothier, *Des pers.*, *loc. cit.*, *Don. entre mari et femme*, n. 160, et *Prescription*, n. 20.

[3] Edit de 1563, art. 78 ; Ord. de Blois, art. 357. — Pothier, *Des pers.*, *loc. cit.*

[4] Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, tit. I, règ. L.

ont, en principe, la préférence sur le roi, qu'ils soient appelés à la succession de leur père par son testament ou par la loi. Puis, si l'étranger laisse plusieurs enfants légitimes, dont les uns sont régnicoles et les autres non régnicoles, ces derniers sont admis à succéder concurremment avec les autres, sous la seule condition qu'ils résident en France, le roi n'ayant plus d'intérêt à les exclure, puisqu'il se trouve lui-même primé par les enfants qui ont la qualité de sujets. Et c'est pour le même motif que le testament fait par l'étranger laissant des enfants régnicoles, au profit d'autres personnes que ces enfants, reçoit son exécution, pourvu que les légataires soient capables [1]. Enfin, en dehors même de ces hypothèses, on reconnaît à l'aubain le droit de tester jusqu'à concurrence « de cinq sols » en faveur de l'Eglise, comme aussi de transmettre à ses parents les titres de rentes créées par le roi avec déclaration qu'elles seraient exemptes du droit d'aubaine [2].

La condition de l'aubain est encore à d'autres égards inférieure à celle du régnicole. Il est incapable de figurer comme témoin dans de nombreux actes solennels, comme les testaments. Il n'est pas admis à se soustraire aux poursuites de ses créanciers par une cession de biens, et reste soumis à la contrainte par corps, même après qu'elle est abolie par l'ordonnance de 1667, en matière civile, au profit des citoyens. En cas de guerre entre la France et son pays, il doit sortir du royaume dans le délai qu'on lui impartit et liquider tout ce qu'il y possède, faute de quoi ses biens sont confisqués, et il est même privé de sa liberté, qu'il ne recouvre que contre rançon. Enfin, contrairement à la règle *actor sequitur forum rei,* l'étranger peut être assigné, en matière personnelle, par un demandeur français, devant le tribunal du domicile de ce dernier, tandis que, s'il est lui-même demandeur, il doit fournir la caution *judicatum solvi,* pour

[1] Domat, *Des lois civiles*, liv. IV, 2e part., § 13; Bacquet, *op. cit.*, IV, ch. XXXI, n. 6; Lebrun, *Des success.*, liv. I, ch. II, sect. 4, n. 14; Pothier, *Des pers.*, *loc. cit.*; Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*, n. 4. — Cf. Despagnet, n. 30 et 31; Weiss, p. 25 s.; Surville et Arthuys, n. 114; Aubry et Rau, I, § 76, p. 473, n. 5-7; Demolombe, I, n. 244; Beudant, I, n. 73; Viollet, *op. cit.*, p. 313 et 314; Demangeat, n. 42.

[2] Pothier, *op. cit.*, n. 48 et 49.

garantir l'exécution des condamnations qui pourront intervenir contre lui, et il n'échappe à cette obligation qu'en matière commerciale ou que s'il possède des immeubles situés dans le royaume [1].

602. On imagine maintenant si les étrangers devaient faire effort pour échapper à une condition si différente de celle des régnicoles. Secondés par leurs consuls, et l'intérêt des rois de France aidant, ils y étaient en grande partie parvenus à la fin de l'ancien régime, puisque le droit d'aubaine, au rapport de Necker, ne rapportait plus annuellement au Trésor que 40.000 écus. D'innombrables exemptions avaient été accordées, en effet, par la royauté, tantôt dans des vues politiques ou économiques, tantôt par simple mesure de faveur, aux habitants des pays sur lesquels la France conservait des prétentions, à de nombreuses provinces, telles que le Languedoc, la Guyenne, la Provence, le Dauphiné, l'Artois, à des villes comme Calais, Dunkerque, Bordeaux, Toulouse, Marseille, Aigues-Mortes, Lyon et Metz, aux gendarmes et archers, à ceux qui avaient servi pendant un certain temps dans l'armée de terre ou de mer, aux ouvriers de certaines manufactures royales, à ceux qui travaillaient au dessèchement des marais ou à l'exploitation des mines, aux étudiants qui fréquentaient les Universités [2], aux commerçants enfin, qui, attirés d'abord par cette dispense dans les grandes foires de Lyon ou de Champagne, en avaient par la suite bénéficié lorsqu'ils venaient, par exemple, de Castille, du Brabant, de la Flandre, de la Hollande ou de l'Ecosse, ou qu'ils faisaient partie de la Hanse teutonique. Faisant mieux, Henri III, par son édit du 15 juin 1579, avait aboli le droit d'aubaine en faveur de tous les marchands étrangers.

Encore ce que tant d'exemptions avaient laissé subsister de ce droit avait-il été fort entamé par les conventions diplomatiques passées entre la France et les Etats étrangers, puis-

(1) Bourjon, *Droit commun de la France,* liv. I, tit. VII, ch. Ier, sect. I; Bacquet, *op. cit.,* II, ch. XVI; Pothier, *op. cit.,* n. 49. — Cf. Aubry et Rau, I, § 76, p. 475; Despagnet, n. 32; Weiss, p. 30; Surville et Arthuys, *loc. cit.*

(2) La question était cependant controversée : pour la dispense, Choppin, *Droit du domaine de la couronne,* liv. I, tit. XI; contre, Bacquet, *op. cit.,* I, ch. XIII.

que Rœderer [1] ne comptera pas moins de soixante-six de ces conventions. Pourtant elles réservaient d'ordinaire au roi « un droit de détraction », dont la quotité était le plus souvent du 1/10 du montant de la succession de l'étranger, mais variait du 1/5 au 1/20. Le droit d'aubaine était alors plutôt restreint que supprimé. Parfois il n'était aboli en France qu'à charge de réciprocité ; parfois encore il ne l'était que relativement à la succession mobilière de l'aubain. Du reste, et cette remarque est essentielle, en dépit de tous ces actes l'incapacité de recevoir d'un Français par succession ab intestat ou testamentaire demeurait entière pour l'aubain [2], à moins qu'il n'en eût été relevé par un acte exprès, semblable aux lettres patentes du 18 janvier 1787, qui octroyaient aux Anglais le droit de succéder en France à condition d'acquitter une taxe de 10/0/0. Enfin, par une suite du principe d'exterritorialité, les « ambassadeurs, envoyés, résidents et autres ministres étrangers, et les gens de leur suite » étaient déclarés aptes à transmettre tout au moins leur succession mobilière [3].

603. Jurisconsultes, philosophes, économistes avaient protesté contre le droit d'aubaine [4]. Bouteiller l'appelle un droit haineux, Montesquieu un droit sauvage ; Necker [5] le condamne au nom des véritables intérêts du royaume, car il en éloigne l'étranger sans enrichir le Trésor. Aussi, à la fois pour affirmer les « principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes » et pour ouvrir la France aux capitaux étrangers, la Constituante s'empressa d'abolir les droits d'aubaine et de détraction : ce fut le résultat de la loi des 6-18 août 1790, pour le territoire métropolitain, et de celle des 13-17 avril 1791, pour les possessions coloniales. Cette œuvre

(1) *Rapport* Locré, *Lég.*, II, p. 117 s.

(2) Favard, *Rép.*, v° *Aubaine Droit d'*, sect. II, n. 1. — Civ. rej., 28 déc. 1825, S., 26. 1. 281, D., 26. 1. 89.

(3) Denizart, v° *Aubaine*, § 37 s. ; Pothier, *loc. cit.* ; Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*, n. 6 et 7. — Cf. Aubry et Rau, I, § 76, p. 474, n. 8-12 ; Despagnet, n. 31 ; Weiss, p. 27 s. ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; Demangeat, p. 155-223 ; Durand, p. 193 s. ; Bonne, *op. cit.*, p. 51 s. ; Viollet, I, p. 318 et 319.

(4) Cf. Poiré, *op. cit.*, p. 121 s.

(5) *De l'admin. des finances*, III, ch. XXV, p. 270.

fut complétée par la loi des 8-15 avril 1791 (art. 3) : la suppression du droit d'aubaine n'ayant conféré par elle-même aux étrangers que la faculté de transmettre [1], ils furent déclarés désormais capables de recevoir et de disposer « par tous les moyens autorisés par les lois », et partant de succéder. Et ces dispositions passèrent dans la Constitution de 1791 (tit. VI) et dans celle du 5 fructidor an III (art. 335). L'assimilation entre Français et étrangers ne fut pourtant pas entière, car la loi du 4 floréal an VI soumit ces derniers à la contrainte par corps en matière commerciale, s'ils ne possédaient en France ni immeubles ni établissements de commerce, et la loi du 28 vendémiaire an VI (art. 7) investit le gouvernement du droit de les expulser du territoire français, par simple mesure administrative, dès que leur présence serait jugée susceptible de troubler la tranquillité publique [2].

604. L'exemple donné par la France ne fut pas suivi par les autres pays. Et néanmoins le premier projet du code de l'an VIII se montrait encore extrêmement libéral envers les étrangers, en leur assurant en principe « tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques qui les concernent » (liv. I, tit. I, art. 5), et en les admettant spécialement à transmettre ou à recueillir en France par voie de donation ou de succession ab intestat (liv. III, tit. I, art. 21, et tit. IX, art. 15) [3]. Mais finalement, et peut-être sous l'influence du Premier Consul [4], les rédacteurs du code civil, revenant sur les concessions de la Constituante, modifièrent radicalement le projet en inaugurant un nouveau système, celui de la réciprocité diplomatique. Les étrangers qui n'étaient pas autorisés à établir leur domicile en France ne furent admis à y jouir des droits « civils » que tout autant qu'un traité conclu avec la puissance dont ils ressortissaient appellerait les Français eux-mêmes à en jouir dans le pays

[1] Civ. rej., 2 prairial an IX, S., 1. 1. 442.

[2] Cf. Aubry et Rau, I, § 76, p. 475 et 476, n. 13-15; Beudant, I, n. 74; Despagnet, n. 34; Weiss, p. 30 s.; Surville et Arthuys, n. 115.

[3] Fenet, *Trav. prép. du C. civ.*, II, p. 9, 128 et 276.

[4] Planiol, I, n. 91, et p. 30, note 1.

de ces étrangers. Par une suite de ce principe, qui fut déposé dans l'art. 11, ils ne pouvaient notamment recueillir par voie de succession ab intestat ou recevoir par donation entre vifs ou testamentaire que dans la mesure où les Français le pouvaient eux-mêmes, en pays étranger, en vertu de conventions diplomatiques (art. 726 et 912). En outre l'art. 14 continuait à les priver le plus souvent de leurs juges naturels dans leurs procès avec des Français, en assurant toujours à ces derniers, comme l'art. 15, le bénéfice de leurs propres juridictions, et l'art. 16 les assujettissait, en général, à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* lorsqu'ils plaidaient comme demandeurs contre nos nationaux. Le code de procédure enfin les exclut du bénéfice de la cession de biens (art. 905) (1).

Sur un point le législateur de 1804 avait exagéré les rigueurs de l'ancien régime, car, s'il n'avait pas touché au droit de l'étranger de transmettre à des personnes capables, de quelque façon que ce fût, les biens qu'il possédait en France (2), il l'avait dépouillé du droit de recevoir par acte entre vifs, qui lui appartenait dès avant la Révolution. Pourtant les art. 726 et 912 n'avaient pas été inspirés par un esprit de fiscalité : ils avaient été dictés par le désir d'empêcher la transmission gratuite à des étrangers de biens situés en France, dans tous les cas où les Français eux-mêmes ne pouvaient pas puiser dans un traité, à titre de compensation, la faculté de recueillir de la même façon des biens situés à l'étranger (3).

Sur un point encore on fit plus tard aux étrangers une situation pire qu'aux Français : les rigueurs de la contrainte par corps furent aggravées à leur égard par la loi du 10 septembre 1807, et elles furent en partie maintenues par la loi du 17 avril 1832, jusqu'au jour où la loi du 22 juillet 1867 leur fit sous ce rapport la même condition qu'aux nationaux, abstraction faite du bénéfice de cession de biens.

Mais du moins, par l'admission à domicile organisée dans

(1) Cf. Aubry et Rau, I, § 76, p. 476 s., n. 16 s.

(2) Aubry et Rau, I, § 76, p. 477, n. 18 et 19; Demolombe, I, n. 243; Demante, I, n. 43 *bis* V et VI; Demangeat, p. 256 s. — Trèves, 13 août 1813, S., 14. 2. 10.

(3) *Exposé des motifs de loi du 14 juillet 1819,* Locré, *Lég.,* X, p. 499, n. 1; p. 567, n. 1.

l'art. 13, le code donnait-il aux étrangers la faculté d'obtenir en France la jouissance des droits « civils », que leur refusait le droit commun.

605. Après les guerres de l'Empire, la France, épuisée d'hommes et d'argent, sentit le besoin de ne pas éloigner d'elle plus longtemps les étrangers et leurs capitaux. Renversant l'obstacle le plus sérieux qui s'opposait à leurs placements dans notre pays, la loi du 14 juillet 1819, intitulée d'ailleurs à tort « De l'abolition des droits d'aubaine et de détraction », abrogea les art. 726 et 912 et conféra aux étrangers « le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du Royaume » (1).

Cette réforme fut pourtant encore insuffisante, et beaucoup de bons esprits regrettent vivement qu'elle ait laissé subsister le principe même de l'art. 11. Ils désireraient que les étrangers eussent, ainsi que la législation italienne la leur a accordée (2), la jouissance de tous les droits civils sans exception, un pays ayant d'ordinaire plus à souffrir qu'à profiter de l'étroit égoïsme qui le porte à la leur marchander. On conçoit, en effet, que les nationaux jouissent seuls des droits politiques, à l'exclusion des étrangers : comment ceux-ci serviraient-ils deux patries à la fois ? Mais où est l'impossibilité que des hommes jouissent des droits privés, comme des droits publics proprement dits, dans tous les pays (3) ? On pourrait sans doute les leur refuser pour « protéger » le travail national contre la concurrence étrangère. Mais, dans des vues d'ailleurs si discutables, on serait conduit logiquement à leur retirer les droits « naturels » eux-mêmes, et non pas seulement les droits civils *stricto sensu*, car ce sont les premiers surtout qui leur permettent de venir faire la concurrence qu'on redoute à l'industrie indigène.

(1) Cf. Aubry et Rau, I, § 76, p. 479, n. 21 s. ; V. M., *Thémis*, 1829, IX, p. 514 s.

(2) Art. 3 du code civil du 1er janvier 1866 : « L'étranger est admis à jouir des droits civils accordés aux citoyens. » — Cf. aussi la résolution votée par l'Institut de droit international en 1880, dans sa session d'Oxford, *Annuaire de l'Institut*, 1882, V, p. 41 et 56.

(3) Cf. Laurent, I, n. 423 s. et 453 ; Huc, I, n. 271 ; Despagnet, n, 39 et 41 ; Surville et Arthuys, n. 112 ; Asser, *Elém. de dr. intern.*, p. 39.

§ II. *De la condition des étrangers en France dans le droit actuel.*

606. Le code civil établit une distinction, inconnue jusqu'alors dans notre droit, entre les étrangers qui ont été admis à fixer leur domicile en France et ceux qui n'ont pas obtenu cette faveur. La situation des premiers est régie par l'art. 13, celle des seconds par les art. 11, 14, 15 et 16.

I. *Des étrangers admis à fixer leur domicile en France.*

607. Le caractère de l'admission à domicile a été profondément modifié par la loi du 26 juin 1889. Tandis qu'elle pouvait antérieurement profiter durant toute sa vie à l'étranger qui l'avait obtenue, cette faveur ne lui est plus accordée aujourd'hui que pour une durée limitée, à l'expiration de laquelle elle cesse de plein droit [1]. Le législateur de 1889 a voulu par là obliger l'étranger à demander la naturalisation avant cette époque, faute de quoi il est replacé dans la situation des étrangers ordinaires, à laquelle il se proposait d'échapper.

On sait déjà quelles sont les formes de l'admission à domicile, quelles personnes en bénéficient, et comment elle prend fin [2]. Il reste uniquement à rechercher ici en quoi la condition de l'étranger admis à domicile diffère de celle de l'étranger ordinaire.

608. Or, aux termes du nouvel art. 13-1er al. : « *L'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils.* » Ainsi cet étranger, quant à la jouissance des droits civils, est en principe assimilé à un Français, puisque la formule de l'art. 13 est à peu près identique à celle de l'art. 8. Cette formule est toutefois muette en ce qui concerne les droits politiques, et elle est sujette à restrictions même en ce qui touche les droits civils.

609. Il est certain tout d'abord que l'étranger admis à domicile n'a pas la jouissance des droits politiques proprement

(1) Cf. *supra*, n. 455.
(2) Cf. *supra*, n. 450 s.

dits [1], ni même des droits qui, sans être attachés à la qualité de citoyen, sont considérés comme des dépendances de la capacité politique [2], et dont la détermination précise est au reste l'objet de sérieuses difficultés, qui seront examinées à mesure qu'elles se présenteront dans le cours de cet ouvrage.

L'étranger, même autorisé, se voit donc refuser le droit d'élection et d'éligibilité; il ne peut aspirer aux fonctions publiques [3], ni figurer comme témoin dans un acte notarié, et notamment dans un testament (loi du 25 ventôse an XI, art. 9, et N. art. 980 C. civ.) [4], ni être témoin dans une procédure de saisie (art. 585 C. pr.), tandis qu'il pourrait très certainement témoigner en justice [5] ou être témoin à un acte de l'état civil (arg. art. 37 C. civ.), ni servir dans les armées françaises, sauf dans la légion étrangère (loi du 21 mars 1905, art. 3), ni même exercer la profession d'avocat [6] ou être titulaire d'un office ministériel [7].

(1) Cf. Garnot, *Condition de l'étranger dans le droit public français*, Paris, 1885.

(2) Aubry et Rau, I, § 77, p. 482 et 483; Demolombe, I, n. 237 et 266; Huc, I, n. 276; Beudant, I, n. 81; Despagnet, n. 36 et 45; Weiss, p. 33 s. et 131; Fuzier-Herman, art. 11, n. 1 s., et art. 13, n. 22 s.

(3) Cf. les textes des lois spéciales, et Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 482, n. 1-1 *quater*.

(4) Aubry et Rau, I, § 79, p. 527, n. 16, et VII, § 670, p. 116, n. 11; Demolombe, XXI, n. 182; Demante, IV, n. 125 *bis*; Weiss, p. 40 et 131. — Colmar, 26 déc. 1860, S., 61. 2. 265. — Cf. le *Tr. des donations* de MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, 3e éd., II, n. 2182 s. — Cpr. quest. 126, les étrangers peuvent-ils servir de témoins en France? *J. Clunet*, 1901, p. 762. — Toutefois l'acte auquel un étranger aurait assisté comme témoin ne serait pas nul, s'il passait pour Français dans le public et avait la possession de cette qualité : Req. rej., 6 mai 1874, S., 74. 1. 471, D., 74. 1. 413, rapp. de M. Connelly. — Req. rej., 1er juill. 1874, S., 75. 1. 254, D. 75. 1. 157. — Paris, 24 avril 1882, *J. Clunet*, 1883, p. 65.

(5) Weiss, p. 40; Despagnet, n. 36-4o. — Civ. rej., 2 fév. 1841, D., 41. 1. 107.

(6) Pothier, *Des personnes*, 1re partie, tit. II, sect. II, n. 49; Merlin, *Rép.*, vo *Etranger*, § I, n. 3, Aubry et Rau, I, § 77, n. 483, n. 4, et § 79, p. 527, n. 18; Demolombe, I, n. 237; Beudant, I, n. 81; Despagnet, n. 36-5o; Weiss, p. 41 et 131, et *Traité théor. et prat.*, II, p. 150 s.; Fuzier-Herman, art. 11, n. 11 s., et art. 13, n. 24; Dupin aîné, *Profession d'avocat*, I, p. 694, n. 39; Mollot, *Profession d'avocat*, I, p. 458; Liouville, *Profession d'avocat*, p. 334; Cresson, *Profession d'avocat*, I, p. 42. — Décisions du Conseil de l'ordre de Paris, 2 déc. 1845, 24 juin 1851, 20 nov. 1866, Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. int. privé*, vo *Avocat*, n. 4. — Civ. rej., 15 fév. 1864, S., 64. 1. 113, note de M. Bourguignat, D., 64. 1. 67. — Aix, 15 mars 1866, S., 66. 2. 171. — *Contra :* Demangeat, n. 66, p. 298; Legat, *op. cit.*, p. 269; Garsonnet, *Tr. de procéd. civ.*, I, § 104, p. 415; de Folleville, *Rev. prat.*, 1876, XLII, p. 426. — Alger, 24 fév. 1862, S., 62. 1. 102. — Cpr. Aix, 11 juin 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 845.

(7) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 484, n. 4 *bis*; Beudant, I, n. 81; Greffier, *Des cessions d'offices*, p. 15.

Mais il pourrait être, selon nous : 1° arbitre volontaire, sauf dans les contestations entre patrons et ouvriers ou employés (loi du 27 déc. 1892, art. 15), car la mission dont il est investi n'a rien de public ; le mandat de statuer sur le différend lui est conféré par les parties et non par la loi, et la sentence qu'il est appelé à rendre n'est pas exécutoire par elle-même : il ne remplit donc à aucun titre une fonction publique (1). — 2° Expert, sauf en matière médico-légale (loi du 30 nov. 1892, art. 14), car quoiqu'elle lui soit donnée par l'autorité judiciaire, sa mission ne consiste qu'à rassembler des renseignements de nature à éclairer les magistrats, et à exprimer un avis qui ne saurait en aucun cas les lier (2). — 3° Syndic de faillites enfin ou liquidateur judiciaire, car il n'a la charge que de simples intérêts privés, et la nature du mandat qui lui est confié ne répugne en rien à ce qu'il puisse l'exercer (3).

L'étranger pourrait-il être tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille ? Cette question sera étudiée au titre *De la tutelle*.

610. Avec les droits politiques, dont l'étranger est privé, ne doivent pas être confondus les droits publics proprement dits, dont il jouit, en principe, au même titre que les nationaux (4). Et par droits publics il faut entendre ceux qui, sans impliquer une participation à l'exercice de la puissance publique, appartiennent aux particuliers dans leurs rapports avec l'autorité, tels que la liberté individuelle, la liberté du travail, la liberté de conscience, de réunion, d'association, de

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Arbitres*, § 14, art. 4 ; Aubry et Rau, I, § 77, p. 485, n. 7 ; Demolombe, I, n. 237 ; Huc, I, n. 276 ; Beudant, I, n. 82 ; Despagnet, n. 36-4° ; Weiss, p. 41, et *op. cit.*, II, p. 156 s. ; Demangeat, n. 66, p. 299 ; Pardessus, *Dr. comm.*, V, n. 1389 ; Guichard, *Des dr. civ.*, p. 156 ; Mongalvy, *De l'arbitrage*, n. 118. — Chambéry, 15 mars 1875, S., 76. 2. 85, D., 77. 2. 93. — *Contra* : Rodière, *Procéd. civ.*, I, p. 12 ; Bellot des Minières, *De l'arbitrage*, I, n. 105 ; de Folleville, *Rev. prat.*, 1876, XLII, p. 426.

(2) Despagnet, n. 36-4° ; Weiss, p. 41, et *op. cit.*, II, p. 158 ; Garsonnet, *Tr. de procéd. civ.*, II, § 347, p. 559. — Crim. rej., 16 déc. 1847, D., 47. 4. 238. — Nancy, 9 fev. 1886, S., 87. 2. 40, D., 87. 2. 25, note de M. Glasson. — *Contra* : Chauveau sur Carré, III, quest. 1163 ; Rodière, *op. cit.*, I, p. 416.

(3) Weiss, p. 42, et *op. cit.*, II, p. 159 ; Despagnet, n. 36-4°. — Cass., 7 janv. 1862, *Gaz. des trib.*, 8 janv. — Nancy, 8 mai 1875, *J. Clunet*, 1877, p. 144.

(4) Despagnet, n. 37 et 45 ; Weiss, p. 34 s. et 131.

presse, etc. (1). Néanmoins, outre les restrictions générales auxquelles ces droits sont sujets, à quelques personnes qu'ils appartiennent, certains ont été resserrés dans des limites encore plus étroites en ce qui concerne les étrangers. C'est ainsi que les associations composées en majeure partie d'étrangers, ou ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger, et dont les agissements seraient de la nature particulière qui est spécifiée par la loi, peuvent être dissoutes par décret du Chef de l'Etat en conseil des ministres (loi du 1er juillet 1901, art. 12) (2); que les étrangers ne peuvent faire la déclaration d'une réunion publique (arg. art. 2 de la loi du 30 juin 1881), être gérants d'un journal ou écrit périodique (loi du 29 juillet 1881, art. 6) (3), ni directeurs ou administrateurs de syndicats professionnels (loi du 21 mars 1884, art. 4), et qu'ils doivent, pour enseigner, remplir certaines conditions particulières (loi du 15 mars 1850, art. 78; décret du 5 décembre 1850, art. 1-4; loi du 12 juillet 1875, art. 9; décret du 25 janvier 1876, art. 8; loi du 30 octobre 1886, art. 4; décret du 18 janvier 1887, art. 181-185) (4).

611. Sous le rapport enfin de leur séjour en France, les étrangers, même autorisés, sont dans une situation inférieure à celle des Français.

Ils peuvent d'abord être extradés à raison des infractions qu'ils ont commises en dehors de notre territoire, alors qu'il est d'usage, au contraire, qu'un Etat refuse l'extradition de ses nationaux (5).

(1) Quoique ces droits doivent être sous ce rapport assimilés aux droits civils véritables, ils ne doivent pas pour cela, selon nous, être rangés parmi eux, comme le fait M. Beudant (I, n. 49). Car, s'ils ne sont pas politiques, c'est dans leurs rapports avec l'autorité publique, et non avec d'autres personnes privées, que les particuliers les font valoir. — M. Beudant ajoute que ce sont « les plus chers à l'homme », quoiqu'ils ne soient pas « à beaucoup près les plus importants ». En est-il donc de plus précieux que la liberté du travail, c'est-à-dire le droit de vivre par le libre développement de son activité ?

(2) Trouillat et Chapsal, *Cont. d'association*, p. 150 s.

(3) Cf. Lyon, 23 janv. 1884, *J. Clunet*, 1884, p. 400. — Cass., 12 juin 1891, *Pand. fr.*, 92. 1. 75.

(4) Sur le droit à l'assistance, qui est aussi un droit public, cf. Despagnet, n. 37-7° et 45; Derouin et Worms, *J. Clunet*, 1890, p. 545.

(5) Weiss, p. 35; Despagnet, n. 37-1° *a*.

Ensuite, aux termes des art. 7 à 9 de la loi du 3 décembre 1849, sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France, et de l'art. 3, 3e al., de la loi du 8 août 1893, sur ce même séjour, le ministre de l'intérieur peut, par mesure de police, enjoindre à tout étranger, voyageant ou résidant en France, même admis à domicile, de sortir immédiatement du territoire français, et le faire conduire à la frontière ; et en cas d'infraction à l'arrêté d'expulsion l'étranger est passible d'un emprisonnement d'un mois à six mois (1).

Mais l'étranger autorisé à résider en France est, même sous ce rapport, mieux traité qu'un étranger ordinaire, à un double point de vue : 1° le préfet n'a pas, dans les départements-frontières, à l'égard du premier, le droit d'expulsion que lui confère l'art. 7 à l'égard de l'étranger « non résidant », à charge d'en référer immédiatement au ministre de l'intérieur. — 2° L'arrêté d'expulsion pris contre un étranger admis à domicile cesse de plein droit d'avoir effet lorsque l'autorisation n'a pas été régulièrement révoquée dans les deux mois qui ont suivi cet arrêté (2).

612. Quant aux droits civils, l'étranger admis à domicile les possède tous en principe. Mais, si ce principe doit être entendu en ce sens qu'aucun droit de cette nature ne puisse lui être refusé sous ce prétexte qu'il est étranger, il ne signifie pas qu'il jouisse absolument de tous ceux dont jouit un Français. Il est, au contraire, certains droits qui, à titre exceptionnel, ont été réservés aux Français comme tels, et pour prévenir certains résultats susceptibles de leur être préjudiciables : ceux-là ne peuvent être exercés que par des Français, et ils

(1) Cf. Bès de Berc, *De l'expulsion des étrangers*, Paris, 1888; Pascaud, *De l'admission et de l'expulsion des étrangers par l'Etat*, *Rec. Acad. lég. de Toulouse*, 1888-89, XXXVII, p. 317; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1890, p. 414 s. — Les conditions dans lesquelles le gouvernement peut user du droit d'expulsion ont fait l'objet de nombreuses conventions diplomatiques : cf. Huc, I, n. 277; Despagnet, n. 37-1° *a*; Weiss, p. 119 et 120. — L'arrêté d'expulsion n'est pas susceptible d'un recours au contentieux : Cons. d'Etat, S., 1905. 3. 96, D., 1904. 3. 55, *J. Clunet*, 1903, p. 619. Mais, comme les étrangers seuls peuvent être expulsés, le tribunal saisi d'une infraction à un arrêté d'expulsion, est compétent pour décider si l'individu contre lequel il a été pris est étranger. Alger, 30 janvier 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 838.

(2) Aubry et Rau, I, § 77, p. 486; Despagnet, n. 37-1° et 45.

peuvent l'être par eux-mêmes contre les étrangers admis à domicile, qui ne participent pas à la faveur faite aux nationaux. En d'autres termes, s'ils jouissent de tous les droits qui ne sont refusés à l'étranger qu'à cause de sa qualité d'étranger, on ne saurait leur reconnaître ceux qui n'ont été accordés aux Français qu'à raison de leur nationalité et dans une pensée toute spéciale de protection.

Ce n'est pas le lieu ici, après avoir posé ce critérium, d'en faire l'application, qui ne laisse pas d'être délicate, aux différents droits civils. Il nous suffira à cette place, pour faire saisir notre pensée, de dire que, si l'étranger admis à domicile est certainement capable d'adopter et d'être adopté, c'est que la loi ne refuse cette faculté à l'étranger ordinaire que parce qu'il est étranger et n'en fait pas une prérogative exclusive des Français. De même l'étranger admis à domicile échappe aux mesures de défiance qu'entraîne l'extranéité, telles que l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*, parce que l'étranger ordinaire n'y est soumis qu'en cette qualité, et qu'on ne peut pas voir dans le fait de n'y être pas assujetti un privilège pour les Français. A l'inverse, l'étranger, même autorisé, ne peut se prévaloir du bénéfice organisé par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 en matière de succession : c'est qu'il y a là une mesure de protection spécialement prise en faveur des Français et qui ne peut pas dès lors profiter aux étrangers, tout simplement parce qu'ils ne sont pas Français et que leur situation sous ce rapport laisse la loi française indifférente [1].

613. Sous ce premier aspect l'étranger autorisé n'est donc pas, même en matière civile, absolument de même condition qu'un Français. Mais sa situation diffère encore de celle de nos nationaux sous les trois rapports suivants :

1° La jouissance des droits civils est subordonnée pour lui à la résidence effective et continue en France. C'est ce qu'exprimait formellement l'ancien art. 13, en ces termes : « tant qu'il continuera d'y résider », et ce n'est pas parce que ces

[1] Cpr. Aubry et Rau, I, § 79, p. 525 et 526, n. 8 *ter*-14; Demolombe, I, n. 266; Beudant, I, n. 92; Despagnet, n. 45.

mots ont disparu, on ne sait pourquoi, du nouveau texte, qu'il pourrait être permis à l'étranger « admis à domicile » de ne pas même résider en France, alors surtout que cette admission ne constitue plus aujourd'hui qu'un stage en vue de la naturalisation et que celle-ci suppose précisément un séjour réel en France d'une durée plus ou moins longue. La continuité de la résidence ne doit pas être exigée d'ailleurs avec une rigueur qui serait vite déraisonnable, et il est certain notamment qu'une absence momentanée ne ferait pas perdre le bénéfice de l'art. **13** (1).

2° Cette jouissance est, pour l'étranger, toujours précaire, à raison de la révocabilité de l'autorisation, et elle n'est même que temporaire, puisque les effets de l'autorisation cessent de plein droit au bout d'un délai de cinq ans (2). Et toutefois elle serait certainement susceptible de les prolonger si, lorsque cette échéance arrive, l'étranger était déjà en instance de naturalisation et que le gouvernement eût ajourné sa décision, comme il en a l'habitude dans nombre de circonstances (3) : ces effets ne cessent, aux termes de l'art. **13**, 2e al., lui-même, que tout autant que la naturalisation n'a pas été demandée ou a été refusée, et il ne saurait dépendre de l'étranger d'obliger le gouvernement à statuer sur sa demande avant que le délai de cinq ans n'expire.

614. 3° Enfin l'étranger autorisé demeure régi par sa loi nationale en ce qui concerne son état et sa capacité (4). Vai-

(1) Aubry et Rau, I, § 79, p. 524 et 525, n. 6 et n. 8 ; Demolombe, I, n. 270 ; Valette sur Proudhon, I, p. 178 et 179, note *a* ; Demante, I, n. 44 *bis*, I ; Laurent, I, n. 456 ; Despagnet, n. 44 et 45 ; Weiss, p. 130 et 131 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 10 s. — Bordeaux, 14 juill. 1845, S., 46. 2. 394, D., 46. 2. 163. — Civ. rej., 10 mars 1897, S., 1901. 1. 454, D., 97. 1. 141, note de M. Sarrut, *J. Clunet*, 1897, p. 790. — Trib. Seine, 17 nov. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 124. — Paris, 15 fév. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 717. — Cpr. Marcadé, I, art. 13, n. 131.

(2) Cf. *supra*, n. 455.

(3) Cf. *J. Clunet*, 1898, p. 705 s.

(4) Aubry et Rau, I, § 31, p. 144, n. 24, et § 79, p. 526, n. 15, Demolombe, I, n. 266 ; Demante, I, n. 44 *bis*, II ; Duranton, I, n. 141 ; Delvincourt, I, p. 16, note 1 ; Huc, I, n. 269 ; Laurent, I, n. 87 et 458 ; Beudant, I, n. 92 ; Weiss, p. 282 et 283 ; Despagnet, n. 45 ; Surville et Arthuys, n. 126 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 25 ; Soloman, p. 31 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1883, XII, p. 460 ; Surville, *Rev. crit.*, 1889, XVIII, p. 479. — Paris, 14 juin 1814, S., 15. 2. 67, D., *Rép.*, v° *Droits civils*, n. 408. — Chambéry, 15 juin 1869, S., 70. 2. 214, D., 69. 2. 188. — Paris, 21 juill. 1883, *La*

nement a-t-on objecté que l'assimilation de l'étranger au Français reste ainsi incomplète, et qu'elle n'est pas réalisée précisément sous le rapport qui importerait le plus à l'étranger, car ses relations avec nos nationaux en seraient singulièrement facilitées. Cette considération ne saurait prévaloir contre une règle qui n'est qu'une application des principes généraux. En outre, de ce que l'admission à domicile a pour but et pour effet de communiquer à l'étranger la jouissance des droits civils, il ne résulte nullement que sa capacité pour en user soit aussi déterminée par la loi française. L'individu admis à domicile n'en reste pas moins étranger : il reste donc soumis pour son état et sa capacité à la loi étrangère, puisque le Code civil les fait dépendre de la nationalité de la personne, et non de son domicile. Et l'opinion contraire ne repose que sur la confusion, bien connue, des questions de jouissance des droits et des questions de capacité (1).

615. Il semble bien cependant que la capacité spéciale de l'étranger devrait être nécessairement appréciée d'après la loi française pour la jouissance d'un droit propre à notre législation et inconnu dans la sienne, à moins que celle-ci ne le lui refusât par des considérations d'ordre public, auquel cas son statut personnel pourrait recouvrer tout son empire (2).

II. *Des étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé.*

616. A de nombreux points de vue les étrangers non admis à domicile sont dans un état d'infériorité par rapport aux Français. Il faut étudier successivement leur situation en général et leur situation quant aux contestations dans lesquelles ils peuvent être engagés.

Loi, 11 août. — *Contra :* Demangeat sur Fœlix, I, p. 58, note *b*, et *Hist. de la cond. des étr.*, n. 81 et 82 ; Coin-Delisle, art. 13, n. 15 ; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 9 *ter*. — Cf. Req. rej., 22 fév. 1882, S., 82. 1. 393, rapp. de M, Demangeat et note de M. Labbé, D., 82. 1. 301. — Cpr. Valette sur Proudhon, I, p. 178, note *a*, et p. 194, note *a*.

(1) Cf. *supra*, n. 203 s.

(2) Weiss, p. 283; Demante, I, n. 44 *bis*, II; Rougelot de Lioncourt, *op. cit.*, p. 53.

1. *De leur situation en général.*

617. L'étranger ordinaire est naturellement privé de tous les droits qui sont refusés à l'étranger admis à domicile lui-même, et notamment des droits politiques. Au contraire, comme lui et pour les mêmes raisons, il jouit, en principe, des droits publics proprement dits.

Toutefois ces derniers souffrent encore en sa personne certaines restrictions particulières. Il en est ainsi de la liberté d'aller et de venir et de la liberté du travail.

618. La liberté de circulation à l'intérieur du territoire français avait été déjà limitée pour l'étranger par la loi des 1er février-28 mars 1792, qui l'obligeait à se munir d'un passeport avant son entrée en France et à se présenter, lorsqu'il y pénétrait, devant la municipalité de la première localité où il arrivait. Puis la loi du 28 vendémiaire an VI avait placé tous les étrangers voyageant dans l'intérieur de la République ou y résidant sous la surveillance du pouvoir exécutif, qui pouvait leur enjoindre de passer la frontière dès que leur présence était jugée susceptible de troubler la tranquillité publique. Peu après le préfet de police à Paris fut chargé, par un arrêté du Directoire, en date du 22 messidor an VII, de statuer sur les permissions de séjour à accorder aux étrangers qui voudraient rester dans cette ville plus de trois jours. Mais ces prescriptions, rappelées depuis par de nouvelles ordonnances du préfet, notamment à la date du 8 septembre 1851, étaient tombées en désuétude, et l'étranger était en fait admis à entrer en France, à y voyager et à s'y établir sans avoir à remplir aucune formalité. Seule la loi du 3 décembre 1849 le menaçait d'expulsion pour le cas où sa présence sur notre sol serait de nature à compromettre l'ordre public [1].

619. L'infiltration continue des étrangers en France fit de mieux en mieux sentir l'intérêt général qu'il y avait à connaître exactement le nombre, la nationalité, l'identité, la situation de famille et les moyens d'existence de ces individus

[1] Weiss, *Tr. théor. et prat. de dr. intern. privé*, II, p. 100 s.; *J. Clunet*, 1888, p. 494; Copineau et Henriet, *Le séjour des étrangers en France, Lois nouvelles*. 1896, 1re part., p. 156 et 157, et *J. Clunet*, 1896, p. 261 s. et p. 502.

qui viennent chercher dans notre pays les ressources qu'ils ne trouvent pas dans le leur, faire concurrence à nos travailleurs, augmenter parfois les charges des localités où ils se fixent, ou y troubler même la tranquillité par des attentats contre les personnes et les biens, quoiqu'on ne doive pas oublier non plus qu'ils contribuent souvent par leur présence à la prospérité nationale [1]. C'est pourquoi le décret du 2 octobre 1888 [2] est venu fournir à l'autorité publique le moyen de contrôle qui lui manquait, au moins en fait, jusque-là, en assujettissant tout étranger non admis à domicile à l'obligation de faire, lors de l'établissement de sa résidence en France, une déclaration dont la forme et le contenu sont suffisamment indiqués par ses art. 1 et 2.

« *Tout étranger non admis à domicile qui se proposera d'établir sa résidence en France devra, dans le délai de quinze jours à partir de son arrivée, faire, à la mairie de la commune où il voudra fixer cette résidence, une déclaration énonçant : 1° ses nom et prénoms, ceux de ses père et mère ; 2° sa nationalité ; 3° le lieu et la date de sa naissance ; 4° le lieu de son dernier domicile ; 5° sa profession ou ses moyens d'existence ; 6° le nom, l'âge et la nationalité de sa femme et de ses enfants mineurs, lorsqu'il sera accompagné par eux. — Il devra produire toutes pièces justificatives à l'appui de sa déclaration. S'il n'est pas porteur de ces pièces, le maire pourra, avec l'approbation du préfet du département, lui accorder un délai pour se les procurer. — Un récépissé de sa déclaration sera délivré gratuitement à l'intéressé* » (art. 1er). — « *Les déclarations seront faites, à Paris, au préfet de police, et à Lyon, au préfet du Rhône* » (art. 2).

620. Deux conditions sont requises pour que l'étranger doive faire cette déclaration.

1° Il faut d'abord qu'il ne soit pas admis à domicile [3]. Si l'étranger autorisé en vertu de l'art. 13 à avoir son domicile

[1] Weiss, *op. cit.*, p. 102 s. ; Garnot, *op. cit.*, p. 80 s. ; Durand, *J. Clunet*, 1889, p. 517 s.

[2] Cf. l'énumération des circulaires motivées par l'application de ce décret, dans Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 158.

[3] Surville et Arthuys, p. 152, note 2.

en France échappe à cette obligation, c'est que sa situation est bien connue du gouvernement, qui ne lui a conféré cette autorisation qu'à la suite d'une enquête sur sa moralité, ses relations de famille et sa position matérielle, de telle sorte qu'une déclaration ne lui apprendrait rien de plus que ce qu'il sait déjà.

Mais peu importe que l'étranger ordinaire se soit établi en France avant ou après le décret de 1888, car, aux termes de son art. 4, « *il est accordé aux étrangers résidant actuellement en France et non admis à domicile un délai d'un mois pour se conformer aux dispositions qui précèdent* » (1).

Peu importe également qu'il soit du sexe masculin ou du sexe féminin, majeur ou mineur, capable ou incapable (2). Dans ce dernier cas la déclaration peut être faite par l'intéressé lui-même ou par son représentant légal : pourvu, en effet, qu'elle soit sincère et régulière, il est indifférent à l'autorité qu'elle émane de l'intéressé personnellement, supposé en état de manifester sa volonté d'une façon digne de foi, ou d'une personne ayant qualité pour agir en son nom (3). Les père et mère qui font la déclaration pour leur compte doivent la faire d'ailleurs collective, c'est-à-dire y comprendre leurs enfants mineurs qui les accompagnent, et le mari sa femme, si du moins elle l'a suivi en France.

621. 2° Il faut ensuite que l'étranger se propose de faire en France un séjour prolongé, et non pas seulement un établissement « dont les conditions attestent la précarité ». Ainsi, d'après le rapport même qui précède le décret, il est inapplicable aux étrangers qui sont momentanément de passage sur notre territoire pour leurs affaires ou pour leurs plaisirs (4). La cour de cassation (5) a même jugé, mais cette

(1) Ce délai a été prorogé jusqu'au 1er janv. 1889 par le décret du 27 oct. 1888.

(2) Cpr. cep. Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*, p. 188, et Crim. rej., 4 août 1893, S., 93. 1. 444, D., 94. 1. 85.

(3) Cf. Durand, *J. Clunet*, 1889, p. 519 et 520.

(4) Circ. du ministre de l'intérieur, 3 oct. 1888, *J. Clunet*, 1888, p. 573. — Aubry et Rau, I, § 77, p. 489, n. 16; Weiss, *op. cit.*, p. 105; Durand, *J. Clunet*, 1889, p. 524 s.; Surville, *Rev. crit.*, 1895, XXIV, p. 69.

(5) Crim. rej., 4 août 1893, S., 93. 1. 444, D., 95. 1. 85. — Cf. aussi Aubry et Rau, *loc. cit.*; Weiss, *op. cit.*, p. 105; Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*.

solution est plus douteuse, que la déclaration ne saurait être exigée des étrangers mineurs placés en France dans des établissements d'instruction, parce que leur séjour n'y constitue pas pour eux une véritable résidence. Peut-être eût-il mieux valu dire que leur séjour est de ceux qui n'inspirent aucune des préoccupations qui ont dicté le décret de 1888.

Mais il n'est pas nécessaire, pour que l'étranger doive se conformer à ses dispositions, qu'il ait, non seulement sa résidence, mais encore son domicile en France : l'art. 1er est formel à cet égard, et c'est à tort que l'art. 3, renouvelant une confusion habituelle, parle de « changement de domicile », puisqu'il montre lui-même par la suite qu'il entend par là un changement de résidence.

622. Aux termes, en effet, de cet article, « *en cas de changement de domicile, une nouvelle déclaration sera faite devant le maire de la commune où l'étranger aura fixé sa nouvelle résidence* ». Et l'obligation, pour l'étranger, de renouveler sa déclaration chaque fois qu'il transporte sa résidence en un nouveau lieu est sanctionnée de la même façon que l'obligation de la faire une première fois, c'est-à-dire par les peines (dont il n'y a rien à dire ici) de l'art. 5 du décret.

Mais il ne faut point considérer comme autant de changements de résidence les séjours passagers que l'étranger fait dans différentes villes avant d'arriver au lieu où il veut s'établir : aussi le délai qui lui est imparti pour faire sa déclaration ne court-il que du jour de son arrivée en ce lieu (1).

623. La liberté du travail, dont l'étranger est admis en principe à jouir dans notre pays au même titre que les nationaux, est également sujette, en ce qui le concerne, à quelques restrictions (2). C'est ainsi qu'il ne peut, lors même qu'il est admis à domicile, ni être officier ou mécanicien à bord d'un

p. 161. — *Contra* : de Taillandier, *Manuel formulaire de la natural. et des oblig. des étr. en France*, p. 141 ; Durand, *Code de l'étr. en France*, p. 37, et *J. Clunet*, 1889, p. 524.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.* — Crim. rej., 4 août 1893, S., 94. 1. 111, D., 94. 1. 85, note de M. L. S.

(2) Cf. aussi *supra*, n. 609 et 610.

navire français [1], ni être propriétaire de plus de la moitié d'un navire de cette nationalité [2], ni se livrer à la pêche, au moins sur un navire étranger, dans les eaux territoriales françaises ou algériennes [3], ni faire le cabotage, dans les mêmes conditions, sur nos côtes ou entre les deux rives françaises de la Méditerranée [4].

624. Mais ce ne sont là que des privations partielles de droits, qui n'atteignent qu'un très petit nombre d'étrangers. Or, depuis quelques années, on songeait dans certains milieux à protéger contre la concurrence de plus en plus vive des immigrants étrangers le travail national, surtout la main d'œuvre, et à réserver par des mesures appropriées notre marché à nos ouvriers, à nos commerçants et à nos industriels. La taxe spéciale dont on avait proposé dans ce but de frapper les étrangers avait dû être écartée à raison de ses très graves inconvénients et du danger des représailles auxquelles elle exposait les Français établis à l'extérieur, on a voulu toutefois assujettir à l'accomplissement de formalités particulières ceux qui viennent exercer leur profession dans notre pays [5]. De là la loi du 8 août 1893, qui, à vrai dire, paraît dépourvue de toute efficacité pratique et n'avoir donné aux soucis dont elle s'est inspirée qu'une satisfaction toute platonique. On ne voit guère en effet, malgré son titre ambitieux, comment elle pourrait contribuer à protéger sérieusement le travail national, et peut-être y a-t-il lieu, d'ailleurs, de se féliciter qu'elle n'ait pu avoir que des résultats négatifs [6].

(1) Décret du 21 avril 1882, art. 1 et 2. — Cpr. décret du 21 sept. 1793, art. 2, et loi du 7 avril 1902, art. 17.

(2) Loi du 9 juin 1845, art. 11.

(3) Loi du 1er mars 1888, art. 1er; décret du 19 août 1888.

(4) Décret du 21 sept. 1793, art. 4; loi du 2 avril 1889. — Cf. Weiss, *op. cit.*, II, p. 128 s.

(5) Cf. Weiss, *op. cit.*, II, p. 131 s.; Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 193.

(6) Toutefois la proposition de loi sur les retraites ouvrières, dont l'art. 1er fut voté par la Chambre des députés le 2 juillet 1901, imposait aux patrons l'obligation de verser, pour les travailleurs étrangers qu'ils employaient, le double de ce qu'ils versaient pour les travailleurs français, et l'art. 4 de celle dont le Sénat est actuellement saisi, après adoption par la Chambre, en décide de même, du moins lorsque ces travailleurs ne sont pas immatriculés ou ne résident pas en France.

Aux termes de l'art. 1er de cette loi : « *Tout étranger non admis à domicile, arrivant dans une commune pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie, devra faire à la mairie une déclaration de résidence en justifiant de son identité, dans les huit jours de son arrivée. Il sera tenu à cet effet un registre d'immatriculation des étrangers suivant la forme déterminée par un arrêté ministériel. — Un extrait de ce registre sera délivré au déclarant dans la forme des actes de l'état-civil, moyennant les mêmes droits. — En cas de changement de commune, l'étranger fera viser son certificat d'immatriculation dans les deux jours de son arrivée, à la mairie de sa nouvelle résidence.* » L'art. 5 contient une disposition transitoire ainsi conçue : « *Il est accordé aux étrangers visés par l'art. 1er et actuellement en France un délai d'un mois pour se conformer aux prescriptions de la loi.* » Enfin la sanction de ces prescriptions est contenue dans les art. 2 à 4.

Si, dans ce traité de droit civil, il n'y a pas à parler des pénalités auxquelles s'expose l'étranger qui contrevient à la loi de 1893 (1), il faut, au contraire, déterminer avec d'autant plus de précision l'obligation nouvelle à laquelle elle l'astreint, que, comme l'attestent de très nombreuses décisions judiciaires, cette détermination donne lieu à de multiples difficultés.

625. Par qui tout d'abord la déclaration doit-elle être faite ? Elle doit l'être par tout étranger non admis à domicile qui vient exercer une profession en France et qui doit être censé y résider pour l'exercice de cette profession.

Elle est donc exigée d'abord de « tout étranger », à l'exception de celui qui est admis à domicile tant qu'il bénéficie de cette admission (2), et qui en est dispensé pour les mêmes raisons qui l'ont fait soustraire à l'application du décret de 1888 ; et à l'exception aussi de ceux qui jouissent du privilège de l'exterritorialité, puisqu'ils sont censés continuer de résider dans leur pays (3).

(1) Cf. sur ce point, Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 170 s.

(2) Surville et Arthuys, p. 152, note 2 ; *J. Clunet*, 1898, p. 705 s. — Cf. *supra*, n. 613-2°.

(3) Circ. 24 oct 1893. — Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 162.

Peu importe, d'ailleurs, que l'étranger soit mâle ou du sexe féminin, majeur ou mineur, capable ou incapable, la loi ne faisant aucune distinction [1].

626. Mais il faut de plus, pour que la déclaration soit requise, que l'étranger vienne [2] exercer en France « une profession, un commerce ou une industrie », de quelque nature que ce soit. Ainsi elle est requise, selon nous, de la femme qui vient se placer en France comme domestique [3] ou institutrice, de celle qui participe, de quelque façon que ce soit, au commerce de son mari, comme employée par exemple, et des membres d'une congrégation religieuse vouée à l'enseignement ou à des travaux agricoles, industriels ou commerciaux [4]; mais non pas, très certainement, de la femme qui se livre simplement aux soins de son ménage [5] ou des élèves étrangers de nos établissements d'instruction.

627. Est-ce à dire que tout étranger qui exerce une profession en France tombe sous le coup de la loi? Non : les termes très généraux du commencement de l'art. 1er sont rectifiés par la suite du texte, qui parle de « déclaration de résidence ». Il faut donc de plus que l'étranger puisse être considéré, du moins quant à l'exercice de sa profession, comme établi en France. C'est en ces termes que nous croyons devoir formuler cette dernière condition. Dire que l'étranger

[1] Surville, *Rev. crit.*, 1895, XXIV, p. 68; Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*, p. 158. — Trib. corr. Seine, 20 mars 1894, *J. Clunet*, 1894, p. 539. — Toulon, 30 nov. 1894, *Lois nouv.*, 1895. 2. 41. — Douai, 5 mars 1895, S., 95. 2. 136; *J. Clunet*, 1903, p. 388. — Cpr. cep. Crim. rej., 4 août 1893, S., 93. 1. 444, D., 94. 1. 85.

[2] La femme française qui, par son mariage, perd cette nationalité pour devenir étrangère, n'« arrivant » pas en France, mais continuant seulement d'y résider, il a été jugé qu'elle n'était pas astreinte à se conformer à la loi de 1893, tout au moins quand elle continue de demeurer dans la même commune. Trib. corr. Seine, 15 avril 1901, S., 1902. 2. 53, et note, D., 1901. 2. 136, *J. Clunet*, 1901, p. 570.

[3] Surville, *op. cit.*, p. 68. — Trib. corr. Chambéry, 8 janv. 1894, S., 95. 2. 20, D., 94. 2. 248; *J. Clunet*, 1903, p. 387. — Trib. pol. Paris, 14 avril 1894, S., 94. 2. 181, D., 95. 2. 58.

[4] Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*, p. 161, et *J. Clunet*, 1896, p. 270. — Trib. Troyes, 20 fév. 1895, S., 96. 2. 219. — Trib. corr. Mortagne, *J. Clunet*, 1898, p. 755.

[5] Surville, *loc. cit.* — Trib. corr. Chambéry, 8 janv. 1894, précité. — Cpr. Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*, p. 161.

doit résider dans notre pays, ce serait permettre aux individus qui habitent à portée de notre frontière, de la passer chaque jour pour venir chez nous chercher de l'ouvrage, sans avoir à remplir les formalités de la loi. Or, si cette solution peut s'appuyer sur ses termes, qui sembleraient supposer un établissement durable dans une commune française, elle est tellement contraire à son esprit et à son but qu'il nous paraîtrait bien difficile de l'admettre. Et il semble bien qu'on doive les assujettir à l'obligation de faire une déclaration, par ce motif qu'au point de vue professionnel on doit dire que ces individus sont réellement établis sur notre sol, puisque c'est là qu'est leur travail (1). Mais nous n'irions pas cependant jusqu'à considérer, ainsi qu'on l'a fait (2), l'entrepreneur étranger qui vient de loin en loin surveiller le chantier qu'il a temporairement en France, comme y exerçant sa profession, dans le sens où la loi l'entend, car, en réalité, l'établissement professionnel de cet entrepreneur n'en reste pas moins, par hypothèse, en dehors de nos frontières. Nous en dirions de même du dentiste qui viendrait, fût-ce chaque mois, visiter sa clientèle en France et qui ferait annoncer son arrivée par la voie de la presse (3), si son véritable établissement était en pays étranger. Pareillement et plus certainement encore, le marins étrangers qui ne font dans nos ports qu'un court séjour pour le chargement et le déchargement de leurs navires, les voituriers et les employés des postes ou des chemins de fer, qui ne franchissent la frontière que pour les besoins de leur profession, qu'ils exercent principalement dans leur pays, échappent à la loi de 1893 (4).

628. La déclaration requise ne saurait être suppléée, ni par l'accomplissement de formalités équivalentes, en ce sens du moins qu'elles auraient pour résultat de faire connaître à

(1) Circ. du ministre de l'intérieur du 24 oct. 1893. — Surville, *op. cit.*, p. 67. — Nancy, 5 avril 1894, S., 95. 2. 156, D., 95. 2. 57. — Nancy, 12 avril 1894, *J. Clunet*, 1898, p. 146. — Cpr. Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 159.

(2) Trib. corr. Valenciennes, 2 nov. 1894, S., 96. 2. 219, D., 95. 2. 58.

(3) Copineau et Henriet, *J. Clunet, loc. cit.*, p. 273. — *Contra :* Douai, 30 juin 1896, S., 96. 2. 233 et note, D., 97. 2. 12.

(4) Circ. min. 17 juil. 1894. — Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 163.

l'autorité le séjour de l'étranger [1], ni par celle du décret de 1888, qui n'a nullement, quoi qu'on ait dit [2], été abrogé par cette loi [3]. Celle-ci vise en effet les étrangers exerçant une profession, celui-là ceux qui n'en exercent point, de telle sorte que leurs dispositions s'appliquent respectivement à des hypothèses différentes et qu'il n'y a pas place pour l'application du principe de l'abrogation tacite. Dès lors il nous paraît certain que l'étranger qui ne commence à exercer une profession qu'après qu'il a déjà fait la déclaration exigée par le décret de 1888, doit en faire une nouvelle pour se conformer à la loi de 1893 [4]. Cette proposition est indiscutable pour ceux dont la déclaration est antérieure à la publication de cette loi, puisque l'art. 5 leur en impose formellement une nouvelle, et elle ne peut être plus douteuse pour tous les autres, étant donné le but de la loi, qui est d'assujettir à des formalités particulières tous ceux qui se livrent en France à un métier. Vainement dit-on [5] que « les renseignements exigés par le décret sont bien plus nombreux que ceux demandés par la loi de 1893 » : car l'objection tendrait à faire considérer celle-ci comme une pure superfétation, alors que son objectif, plus ou moins atteint, il n'importe, a été précisément d'ajouter aux prescriptions antérieures.

629. Mais on peut se demander avec plus de raison si les deux déclarations doivent être, pour les étrangers qui se livrent à une profession en France, nécessairement cumulées : en d'autres termes, ceux qui exercent un métier dès le commencement de leur séjour doivent-ils faire, outre la déclaration de la loi de 1893, celle du décret de 1888? Rien, dans

(1) Pau, 21 avril 1894, S., 94. 2. 160, D., 95. 2. 57. — Alger, 13 juil. 1895, S., 96. 2. 131, D., 96. 2. 13.

(2) *Note*, S., 95. 2. 20.

(3) Aubry et Rau, I, § 77, p. 490, n. 18; Beudant, I, n. 80. — Douai, 5 mars 1895, S., 95. 2. 136, *J. Clunet*, 1903, p. 388. — Trib. pol. Ecouen, 10 avril 1896, D., 96. 2. 215.

(4) Circ. min., 24 oct. 1893. — Aubry et Rau, I, § 77, p. 490, n. 18; Weiss, *op. cit.*, II, p. 134. — Cpr. Surville, *op. cit.*, p. 66. — Pau, 21 avril 1894, S., 94. 2. 160, D., 95. 2. 57.

(5) Copineau et Henriet, *Lois nouv.*, *loc. cit.*, p. 190 et 191.

aucun de ces deux textes ne permet de résoudre la question avec certitude. Mais il est fortement permis de soutenir, contrairement à l'avis de certains auteurs [1], qu'une double déclaration est requise. L'une l'est, en effet, à raison de la résidence, l'autre à raison de la profession, qui ne suppose pas d'ailleurs absolument, on l'a vu, la résidence en France. Dès lors que l'objet des deux textes n'est pas le même et que leurs dispositions ne sont point, en définitive, inconciliables, quelque rationnel qu'il eût été d'en combiner les exigences, ils devraient être, s'il y a lieu, obéis tous les deux, d'autant, comme on l'a remarqué, que le décret de 1888 procure à l'autorité, à certains égards, des moyens de contrôle plus efficaces et plus précis que ceux que lui fournit la loi postérieure, et notamment que la déclaration qu'il exige contient, relativement à la famille de l'étranger, des indications qui n'ont pas à figurer dans celle de la loi de 1893 [2]. A s'attacher, il est vrai, à certaines des déclarations qui furent faites pendant la discussion de la loi, il semblerait que, dans les idées de ses auteurs, elle ait eu pour principal « avantage de confirmer par la loi ce qui n'existait qu'en vertu du décret » [3] de 1888, lequel était, paraît-il, resté inappliqué. Mais cette pensée a-t-elle été assez nette pour qu'on puisse la faire prévaloir sur les considérations précédentes? — Il est possible cependant que la pratique se contente de la déclaration conforme à la loi de 1893.

630. La déclaration doit être faite, en principe, par l'intéressé lui-même. Il nous semble cependant qu'elle pourrait l'être aussi, pour des raisons déjà exposées, par une personne ayant qualité pour parler en son nom, mari, père ou tuteur. Mais, en ce cas, c'est en son nom personnel qu'elle devrait être faite, comme si elle émanait de lui-même et qu'il n'eût recours qu'à l'entremise d'un mandataire, car la loi semble bien requérir que ce soit celui qui va exercer une

(1) Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 191; Note 3, D., 95. 2. 57.

(2) Trib. pol. Ecouen, 10 avril 1896, précité. — Cpr. Douai, 5 mars 1895, précité.

(3) Déclar. de M. Turrel, rapporteur à la Ch. des dép., *J. Off.*, 1893, *déb. parl.*, p. 1340.

profession qui la fasse. En d'autres termes, à la différence de la déclaration du décret de 1888, celle-ci ne saurait être collective et faite en une fois, pour tous ceux de ses membres qui se livrent en France à un travail, par le chef de la famille. Ainsi du moins tend à le décider la jurisprudence (1).

Cette déclaration doit intervenir dans les huit jours qui suivent, non pas l'entrée de l'étranger sur le territoire français, mais son arrivée dans la commune où il va exercer sa profession. Et il paraît conforme à la fois au texte et à l'objet de la loi de décider que ce délai court avant même qu'il ait pu en fait l'exercer, car c'est à l'intention de celui qui arrive dans notre pays « pour y exercer une profession » qu'elle semble bien s'attacher, du moment que cette intention est prouvée (2). Dans ce délai, porté à un mois pour les étrangers qui se trouvaient déjà en France lors de la publication de la loi (3), ne doit pas être compté le temps pendant lequel l'intéressé a séjourné dans des communes autres que celle où il entend s'établir (4), pas plus, conformément au droit commun, que le jour même de son arrivée dans cette dernière (5).

La déclaration est enfin reçue, aux termes de l'arrêté ministériel du 23 août 1893, par le préfet de police à Paris, par le préfet du Rhône à Lyon, et partout ailleurs par le maire, après que l'étranger a justifié de son identité (6). Elle est consignée sur un registre spécial, dit d'immatriculation (7), et

(1) Copineau et Henriet, *J. Clunet*, 1896, p. 272. — Douai, 5 mars 1895, précité. — Crim. cass., 19 juill. 1895, S., 95. 1. 525. — Trib. Seine, 26 juin 1896, S., 96. 2. 285. — *Contra* : Surville, *loc. cit.*, p. 68 et 69, et *Rev. crit*, 1896, XXV, p. 217 s.; Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 162. — Trib. corr. Chambéry, 8 janv. 1894, précité.

(2) Copineau et Henriet, *J. Clunet*, 1896, p. 264 et 273 s. — Trib. corr. Remiremont, 16 avril 1896, S., 96. 2. 219. — *Contra* : Surville, *Rev. crit.*, 1896, XXV, p. 218. — Trib. Valenciennes, 2 nov. 1894, S., 96. 2. 219. — Trib. corr. Lille, 11 mai 1895, S., 96. 2. 219, D., 96. 2. 13.

(3) Ce délai a été en fait prolongé lui-même jusqu'au 15 octobre 1893 par les circulaires des 9 sept. et 13 oct. de la même année.

(4) Trib. corr. Remiremont, 16 avril 1896, précité.

(5) Copineau et Henriet, *J. Clunet*, 1896, p. 264 s. — Trib. corr. Remiremont, 16 avril 1896, précité.

(6) Cf. le modèle annexé à l'arrêté ministériel du 23 août 1893, et Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 163.

(7) Cf. circ. min. 2 sept. 1893.

un extrait de ce registre doit être délivré au déclarant dans la forme des extraits des actes de l'état civil et moyennant l'acquittement des mêmes droits [1], pour qu'il puisse le produire à toute réquisition de l'autorité.

631. Cette déclaration ne doit pas être renouvelée chaque fois que l'étranger va exercer sa profession dans une commune nouvelle ; mais du moins la loi l'oblige-t-elle alors à faire viser à la mairie de celle-ci, dans les deux jours de son arrivée, son certificat d'immatriculation [2], lequel permet ainsi, par les mentions qui y sont inscrites, de suivre l'étranger dans ses déplacements successifs en territoire français [3].

Mais la déclaration n'est-elle pas sujette à renouvellement toutes les fois que l'étranger, après avoir quitté la France, y rentre de nouveau pour venir y exercer sa profession ? Cette question ne nous paraît pas pouvoir être résolue en termes absolus [4]. Il serait certainement trop rigoureux de soumettre un étranger qui n'aurait quitté notre pays que pour quelques jours aux frais et aux démarches que cette déclaration entraîne. Pourquoi plutôt ne pas admettre ici la même règle que celle qui est communément suivie pour l'admission à domicile ? Si donc la résidence de l'étranger en France ne doit pas être absolument continue, du moins faut-il qu'elle ne subisse pas de réelle interruption qui empêche de considérer le nouveau séjour qu'il y fait comme la suite du précédent. En d'autres termes, comme le dit la circulaire du ministre de l'intérieur en date du 24 octobre 1893, la loi n'exige de déclaration nouvelle que pour chaque « séjour distinct », et il appartient au juge de décider en fait si telle est bien la nature du séjour nouveau [5]. Par application de

(1) Cf. Pau, 21 avril 1894, S., 94. 2. 160, D., 95. 2. 57.

(2) Cf. circ. min. 24 oct. 1893.

(3) Cpr. Trib. corr. Auxerre, 8 fév. 1895, S., 95. 2. 149 et note.

(4) Cpr. Copineau et Henriet, *Lois nouv., loc. cit.*, p. 168 s., et *J. Clunet*, 1896, p. 278.

(5) Besançon, 31 janv. 1895, S., 95. 2. 196 et note. — Trib. pol. Magny-en-Vexin, 16 mars 1895, S., 95. 2. 219 et note, D., 96. 2. 13. — Trib. corr. Forcalquier, 8 juin 1895, D., 96. 2. 13. — Trib. corr. Valenciennes, 13 déc. 1895, *J. Clunet*, 1899, p. 574.

cette règle nous pensons que l'étranger qui viendrait chaque année, à époque fixe, dans une commune pour s'y livrer à certains travaux, serait assujetti à l'obligation de faire chaque fois une nouvelle déclaration. L'art. 1er, dernier alinéa, de la loi de 1893 paraît bien en effet ne se contenter du simple visa d'une déclaration antérieure que tout autant que l'étranger « change » de commune, c'est-à-dire se transporte d'un point de notre territoire à un autre.

632. Telle est la situation de l'étranger ordinaire sous le rapport des droits publics. En droit privé sa condition est déterminée par l'art. 11 C. civ., ainsi conçu : « *L'étranger » jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont » ou seront accordés aux Français par les traités de la nation » à laquelle cet étranger appartiendra.* »

Cette disposition établit ainsi, quant au traitement des étrangers en France, ce qu'on a appelé le régime de la réciprocité diplomatique. En d'autres termes, les droits civils dont un étranger jouit en France ne sont pas tous les droits civils accordés aux Français dans le pays de cet étranger par sa loi nationale (1), comme le voudrait le régime de la réciprocité dite législative : ce sont uniquement ceux dont nos nationaux jouissent dans ce pays en vertu d'un traité passé entre lui et la France. Mais du moins en jouit-il lors même que le traité qui les a reconnus à nos nationaux ne les aurait pas réciproquement stipulés en faveur des étrangers résidant en France, car l'art. 11 produit à lui seul les effets de cette stipulation. Et la mesure du bénéfice accordé aux Français est exactement celle du bénéfice que cette disposition entend reconnaître à l'étranger (2).

Le second projet de l'art. 11 lui-même, après que le premier eut été écarté comme trop généreux, instituait un régime bien plus libéral, car son texte primitif permettait à l'étranger

(1) Surville et Arthuys, n. 116. — Cf. toutefois la loi du 26 nov. 1873, art. 9.

(2) Aubry et Rau, I, § 79, p. 522, n. 2 et 3 ; Demolombe, I, n. 241 ; Toullier, IV, n. 102 ; Weiss, p. 124 ; Fuzier-Herman, art. 11, n. 78 s. — Civ. rej., 9 fév. 1831, S., 31. 1. 415, D., 31. 1. 72. — Req. rej., 31 déc. 1850, S., 51. 1. 26, D., 51. 1. 52. — Cf. sur les traités conclus par la France avec les puissances étrangères, Surville et Arthuys, n. 125 ; Weiss, p. 117 s.

de se prévaloir de tous les droits accordés aux Français dans le pays de celui-ci « par les lois ou les traités ». Mais la mention relative aux lois fut retranchée, sur cette observation du tribunat que la France ne serait plus maîtresse chez elle, si une nation étrangère pouvait faire acquérir dans notre pays à ses sujets la jouissance des droits civils, même les plus importants, en concédant chez elle ces mêmes droits aux Français par une simple loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France n'aurait pas à participer (1).

633. Quels sont donc les droits dont un étranger n'ayant pas en France de domicile autorisé a la jouissance, en l'absence de la réciprocité résultant d'un traité ? La question doit être bien précisée. Un étranger réside en France, sans avoir obtenu du Chef de l'Etat l'autorisation d'y fixer son domicile, et il n'y a pas de traité entre la France et le pays auquel il appartient : de quels droits cet étranger jouit-il ? Ou bien il existe un traité, et en vertu du système de la réciprocité diplomatique l'étranger jouit en France de tels et tels droits : quelle est sa situation pour les autres ?

Vive est la controverse sur ce point, et la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité ne l'a pas fait cesser. Elle était, il est vrai, résolue par un texte du projet ainsi conçu : « L'étranger jouit en France des droits civils dont il n'est pas privé par une disposition de la loi, et, parmi les droits réservés, il jouit de ceux qui sont reconnus aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient. » Mais le retrait de ce texte par la commission, à la suite des observations présentées par le Garde des sceaux (2), a laissé la question entière.

Elle offre toutefois en fait, comme on le verra, un intérêt bien moindre que celui qu'on est naturellement tenté de lui prêter.

634. D'après un premier système, les mots « droits civils » de l'art. 11 sont pris dans leur sens le plus large : ils désignent tous les droits privés, quelle qu'en soit l'origine, et

(1) Locré, *Lég.*, II, p. 33, art. 4 ; p. 41 et 42, n. 8 ; p. 68, art. 11 ; p. 81, art. 5 ; p. 135 ; p. 210 et 211, n. 3 ; p. 286, n. 6 ; p. 300, art. 5 ; p. 468. — Cpr. Despagnet, n. 38 et 39 ; Surville et Arthuys, n. 116.

(2) *J. off.*, 1887, Sénat, *déb. parl.*, p. 87.

qu'ils aient leur source dans le droit naturel ou dans la loi positive. De l'art. 8, dit-on, il résulte nettement que « les droits civils français sont faits pour les Français ». Pour que l'étranger puisse comme eux en jouir en France, en l'absence d'un traité, il faut qu'ils lui aient été expressément ou tacitement concédés par des textes spéciaux [1].

On remarquera d'abord que ce système a pour point de départ un argument *a contrario,* puisqu'il induit de l'art. 8, d'après lequel tout Français jouit des droits civils, qu'au Français seul en principe appartient cette jouissance. Mais l'objet unique de cette disposition n'a-t-il pas été évidemment d'opposer aux droits politiques, attachés à la qualité de citoyen, les droits civils, dont la jouissance est indépendante de cette qualité? La base de cette théorie est donc des plus fragiles.

Elle est, en outre, ainsi qu'on le verra, bien plutôt formellement contredite que confirmée par les précédents historiques et par les travaux préparatoires du code. Et enfin, s'il faut juger de sa valeur par ses conséquences, elle n'est guère acceptable. Elle conduirait notamment à décider que, en l'absence d'un traité, les étrangers ne peuvent pas se marier, ni devenir propriétaires, créanciers ou débiteurs en France. Ses partisans ont protesté, il est vrai, contre cette déduction et se sont efforcés de démontrer que, loin d'être étroite et exclusive, cette théorie était au contraire « très large et très libérale ». Les art. 12 et 19 ne supposent-ils pas, disent-ils, qu'un étranger peut se marier en France, l'art. 3-2e al. qu'il peut y devenir propriétaire, et les art. 14 et 15 qu'il peut être créancier ou débiteur et ester en justice? Tous ces droits sont donc tacitement reconnus à l'étranger par des textes, et dès lors il peut user également de tous les modes par lesquels ils s'acquièrent, se conservent ou s'éteignent. — Mais on a fort bien répondu que ces textes ont pu être écrits en vue du cas où la jouissance des droits en question résultait pour l'étranger d'un traité, et qu'ils ne prouvent nullement qu'à défaut de traité ces droits continuent à lui appartenir. S'ils supposent

[1] Demolombe, I, n. 240-243 et 246 *bis*. — Cpr. Civ. cass., 14 août 1844, S., 44. 1. 756, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 190.

que l'étranger peut être investi de ces facultés légales, ils ne disposent pas que, de droit commun, il en soit investi. Le reproche d'extrême dureté dont ce système cherche vainement à se défendre subsiste donc dans toute sa force et suffirait à lui seul, en dernière analyse, à le faire écarter [1].

635. Le second système s'accorde avec le précédent sur la signification des mots « droits civils », mais, à part cette ressemblance, il en est l'exact contre-pied. Il se formule ainsi : l'étranger qui n'a pas en France de domicile autorisé y jouit de tous les droits civils qu'un texte ne lui retire pas formellement ou implicitement; quant à ceux qu'un texte de loi lui retire, il n'en peut jouir qu'en vertu d'un traité. En principe donc, et sauf une disposition expresse, l'étranger jouirait de tous les droits civils [2].

Cette opinion prétend d'abord s'appuyer sur les travaux préparatoires. L'art. 11 ayant paru au tribunat faire à l'étranger ordinaire une situation inadmissible, puisqu'il semblait l'exclure en principe de toute participation aux droits civils, le tribun Grenier [3] protesta contre cette interprétation. « Les droits dont les étrangers seront privés, fit-il observer, seront successivement marqués dans les titres du code qui y auront trait... Mais dans un texte où il s'agit seulement de la jouissance et de la privation des droits civils, cette énumération n'est pas nécessaire. » Ainsi, dans la pensée de Grenier, une disposition formelle devait retirer à l'étranger chacun des droits civils qui lui étaient refusés. Et c'est bien de la sorte, ajoute-t-on, qu'il a été procédé dans la rédaction du code, puisque les art. 14, 16, 726 et 912 ont expressément consacré pour l'étranger la privation de certains droits, qui, sans eux, auraient dû lui être reconnus. Or à quoi donc auraient servi toutes ces précisions, si, en principe, l'étranger n'avait pas eu la jouissance de tous ces droits? — L'un

[1] Cpr. Aubry et Rau, I, § 78, p. 495 s., n. 4-7.

[2] Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, § 59, p. 77, note 7; Valette sur Proudhon, *Des personnes,* I, p. 176 et *Explic. somm.,* p. 408 s.; Demangeat, n. 56, p. 248 s.; Huc, I, n. 274 et 275; Despagnet, n. 41; Surville et Arthuys, n. 120 s.; Chavegrin, *Rev. crit.,* 1883, XII, p. 516. — Caen, 23 juin 1897, S., 98. 2. 44. — Cpr. Weiss, p. 50 s., et II, p. 188 s.

[3] Fenet, *Trav. prép. du C. civ.,* VII, p. 240.

des auteurs enfin qui ont soutenu avec le plus de vigueur cette manière de voir allègue qu'elle « est en harmonie avec la réalité des faits historiques ; car chez tous les peuples de l'Europe chrétienne (en mettant de côté l'époque très ancienne où la législation était personnelle), on reconnaît facilement que le droit non politique (droit privé) a été, dans l'origine, appliqué indistinctement à tous les individus, nationaux ou étrangers, sans distinction subtile sur l'origine de telle ou telle règle juridique ».

Mais on sait déjà ce qu'il faut penser de cette dernière affirmation et quelle était véritablement la condition des étrangers juste au moment de la rédaction du code [1]. Quant à la déclaration de Grenier, elle a été nettement et à de nombreuses reprises contredite au cours de la discussion. Puis et surtout le système qui s'en prévaut est manifestement contraire : 1° à l'art. 13, qui, en accordant la jouissance de tous les droits civils à l'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation, laisse assez entendre que cette jouissance n'appartient pas, en principe, à l'étranger non autorisé ; 2° à la rubrique de la section I du chapitre II, d'où il résulte qu'en perdant la qualité de Français on perd la jouissance des droits civils ; 3° au texte de l'art. 11 lui-même, puisque, alors qu'il subordonne à l'existence d'un traité la jouissance pour l'étranger des droits civils, on la lui accorde de plein droit, à moins qu'un texte formel ne la lui refuse ! Au surplus, l'art. 11 et le principe qu'il pose n'auraient plus qu'une valeur d'emprunt, s'ils devaient être, comme on le veut, expressément corroborés par une autre disposition retirant à l'étranger la jouissance de chacune des facultés légales dont il est privé, en sorte que, pour reconnaître aux art. 726 et 912 une utilité particulière, on enlèverait toute vertu propre à l'art. 11, dont ils ne sont évidemment que des applications ! La théorie que nous adoptons a cette supériorité d'expliquer très bien, au contraire, que ces deux dispositions aient dû être écrites, même après la consécration du principe de l'art. 11, tandis qu'il faudrait dans l'autre système consi-

(1) Cf. *supra*, n. 596 s.

dérer ce dernier comme dépourvu de toute force, du moins en fait, depuis l'abrogation par la loi du 14 juillet 1819 des deux seules dispositions (art. 726 et 912) du code civil qui retirassent certains droits aux étrangers, alors cependant que les auteurs de cette loi ont formellement déclaré qu'elle ne touchait pas à ce principe (1).

636. Nous nous rallions donc au troisième système, qui est accepté par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence. D'après lui, les mots « droits civils », dans l'art. 11 comme dans les art. 8 et 13, désignent, non pas tous les droits privés indistinctement, mais seulement ceux qui dérivent de la loi positive, du *jus civile* proprement dit, du *jus proprium civitatis*. Ce sont là les seuls droits privés qui ne puissent, en l'absence d'un traité, appartenir à l'étranger non admis à fixer son domicile en France. Quant aux droits naturels, c'est-à-dire à ceux qui procèdent du droit des gens ou *jus gentium*, tels que le droit de se marier, d'être propriétaire et de contracter à titre onéreux en France, l'art. 11 ne s'en occupe pas, et l'étranger en a dans tous les cas la jouissance (2).

Cette distinction entre les droits naturels et les droits civils *stricto sensu* était certainement admise dans notre ancienne jurisprudence. D'après Bacquet (3) le citoyen seul jouit des droits civils, et l'étranger n'a que la jouissance des facultés qui dérivent du droit des gens. Et Pothier (4) montre que « la

(1) *Exp. des motifs*, Locré, *Lég.*, X, p. 500, n. 3, et *Disc.*, p. 562, n. 4. — Cpr. Aubry et Rau, I, § 78, p. 493, n. 2 et 3.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 1, n. 7 s., et *Quest.*, v° *Propriété littéraire*, § 2; Aubry et Rau, I, § 78, p. 493 s., n. 2-16; Proudhon, I, p. 155 s.; Duranton, I, n. 159 et 168; Richelot, I, n. 75; Demante, I, n. 43, et Colmet de Santerre, I, n. 43 *bis* A; Taulier, I, p. 108; Coin-Delisle, art. 11, n. 5; Laurent, I, n. 405 s.; Beudant, I, n. 84-87; Troplong, *De la prescription*, I, n. 35; Soloman, p. 44 s.; Fuzier-Herman, art. 11, n. 30. — Civ. cass., 7 juin 1826, S., 26. 1. 330, D., 26. 1. 299. — Ch. réun. cass., 12 juil. 1848, S., 48. 1. 417, D., 48. 1. 140, rapp. de M. Rocher et concl. de M. Dupin. — Civ. cass., 20 mai 1862, S., 62. 1. 673, concl. de M. de Raynal, D., 62. 1. 201 et note. — Bordeaux, 28 juill. 1863, S., 64. 2. 17, D., 65. 2. 4. — Civ. rej., 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193, D., 76. 1. 49 et note. — Aix, 8 nov. 1875, S., 76. 2. 134, D., 77. 2. 225. — Alger, 25 mars 1895, S., 96. 2. 299, D., 96. 2. 381.

(3) *Droit d'aubeine*, IIIe part., ch. XVIII, n. 3 et 4; ch. XXVII, n. 4. — Cf. Domat, *Les lois civiles*, liv. IV, 2e part., § 13.

(4) *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n. 49. — Cf. aussi Rousseau de la Combe, *Rec. de jurispr.*, v° *Aubaine*; Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*, n. 4.

différence que la loi établit entre les actes entre vifs et les actes à cause de mort, en permettant les uns aux étrangers, et en leur interdisant les autres, est fondée sur la nature même de ces actes. Les actes entre vifs sont du droit des gens ; les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens ; ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs... Les étrangers ne jouissent pas de ce qui est du droit civil... ».

Les rédacteurs du code ont-ils répudié cette doctrine ? Les travaux préparatoires prouvent le contraire de la manière la plus positive. Chose remarquable, cette distinction était formellement rappelée par le projet primitif de l'an VIII, au moment même où il entendait en faire abstraction pour accorder libéralement aux étrangers la plénitude des droits privés [1], du moins en principe. Et lorsque ce système eut été condamné comme trop libéral, c'est de cette distinction que continua à s'inspirer celui qu'on lui substitua. « Il est des avantages particuliers, disait Portalis dans son exposé général du système du code civil [2], qui ne sont point réglés par la nature, et qui ne peuvent être rendus communs à d'autres que par la convention. Nous traiterons les étrangers comme ils nous traiteraient eux-mêmes : le principe de la réciprocité sera envers eux la mesure de notre conduite et de nos égards. Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples. » Boulay, à son tour, dans le premier exposé des motifs [3] de l'art. 11, reproduit les idées traditionnelles. « Nous admettons, écrit-il, que l'étranger peut posséder des immeubles en France, même sans y résider : car acheter et vendre sont des contrats qui, d'après l'usage, appartiennent plus encore au droit des gens qu'au droit civil. » Et le rapport fait au tribunat par Siméon [4] n'est pas moins explicite : « ce qui caractérise essentiellement le

[1] Cf. *supra*, n. 604.
[2] Locré, *Lég.*, I, p. 330, n. 13.
[3] Locré, *Lég.*, II, p. 225, n. 17.
[4] Locré, *Lég.*, II, p. 246 et 247, n. 8.

droit civil, c'est, y est-il dit, d'être propre et particulier à un peuple, et de ne point se communiquer aux autres nations... Au contraire, les effets du droit naturel se communiquent partout à l'étranger comme au citoyen. Pour en jouir, il n'est pas nécessaire d'être membre d'une certaine nation plutôt que d'une autre; il suffira d'être homme. C'est du droit naturel que dérivent presque tous les contrats... Si les étrangers ne peuvent réclamer les droits qui naissent de la loi civile, tels que ceux des successions et des testaments, ils peuvent, tout comme les citoyens, exercer les actions qui descendent des contrats. C'est là le Droit général. Ils peuvent, à moins d'une loi prohibitive expresse, acquérir et posséder des biens, les échanger, les vendre, les donner entre vifs; mais ils ne peuvent ni disposer ni recueillir à cause de mort. En un mot, le Droit civil proprement dit est celui de chaque cité ou de chaque nation. Le Droit civil Général est celui de tous les peuples civilisés. »

Objectera-t-on, en présence de déclarations si parfaitement concordantes, que, si l'art. 11 avait eu pour objet de consacrer l'antique distinction des droits naturels et des droits civils, les précisions faites par les art. 726 et 912 seraient devenues totalement inutiles, puisque les étrangers étant en principe privés de tous les droits civils, il eût été superflu de mentionner spécialement quelques-uns de ces droits? Mais c'est que ces deux textes, loin d'être une simple répétition, de la disposition de l'art. 11, à laquelle d'ailleurs l'un d'eux se réfère expressément, s'expliquent par la double modification qu'ils apportaient à l'ancienne théorie : le premier, en accordant implicitement à l'étranger la faculté de transmettre sa succession *ab intestat,* alors que cette faculté était autrefois considérée comme étant du droit civil; le second, en retirant formellement à l'étranger la capacité de recevoir par donation entre vifs, qui avait été jusque-là envisagée comme étant du droit des gens. Et cette altération partielle de la théorie traditionnelle, qui procédait de la suppression du droit d'aubaine, pour la capacité de laisser une succession *ab intestat,* et du désir d'empêcher des biens français de passer à titre gratuit en des mains étrangères, pour l'incapacité

de recevoir entre vifs, n'autorise nullement à prétendre que le principe même de la théorie a été répudié.

Sans doute enfin la distinction des droits civils et des droits naturels est, comme on lui en a fait grief, à la fois vague dans sa portée et arbitraire dans son essence. Mais ce reproche s'adresse au législateur et à la doctrine ancienne dont il s'est inspiré, et il n'avait pas empêché celle-ci de régner, avant le code, longtemps en France. Peut-être même les rédacteurs du code ont-ils été séduits par le caractère de cette distinction, qui, mobile de sa nature, permettait ainsi au droit de suivre le progrès des mœurs, en appelant les étrangers à participer dans une mesure de plus en plus large aux bienfaits de nos lois. La tendance à l'uniformité des diverses législations, leur pénétration réciproque devaient travailler nécessairement en effet à diminuer toujours davantage le nombre des institutions purement civiles dont l'étranger est exclu, et à assimiler de plus en plus sa situation juridique à celle de l'indigène.

637. La question qui vient d'être résolue ne se pose plus d'ailleurs toutes les fois qu'il existe un texte accordant ou refusant un droit aux étrangers indépendamment de tout traité : évidemment il n'y a plus lieu alors de rechercher si ce droit est civil ou naturel. C'est ainsi notamment que :

1° Les étrangers sont pleinement capables de transmettre et de succéder *ab intestat,* de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou testamentaire, depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a abrogé les art. 726 et 912 C. civ. ;

2° Ils peuvent devenir concessionnaires de mines (L. 21 avr. 1810, art. 13) ;

3° Ils peuvent être actionnaires de la Banque de France (décret du 16 janv. 1808, art. 3) ;

4° Ils peuvent avoir la propriété littéraire ou artistique (décret du 5 fév. 1810, art. 40 ; décret du 28 mars 1852) [1] ;

5° Ils peuvent obtenir des brevets d'invention (L. 5 juillet 1844, art. 27 à 29) ;

[1] Cf. Aubry et Rau, I, § 78, p. 501, n. 19 ; Weiss, *op. cit.*, II, p. 222 s. ; Despagnet, n. 60 s. ; Surville et Arthuys, n. 392 s. ; Demangeat, *Rev. prat.*, 1857, II, p. 241.

6° Ils peuvent, pour les établissements qu'ils ont en France, invoquer les dispositions des lois sur les marques, dessins ou modèles de fabrique et le nom commercial, et ils le peuvent même pour les objets fabriqués en pays étranger, à la condition du moins de la réciprocité diplomatique ou même simplement législative (L. 23 juin 1857, art. 5 et 6; L. 26 nov. 1873, art. 9) (1);

7° Ils sont assimilés, s'ils sont ouvriers, aux ouvriers français pour le droit à l'indemnité découlant d'un accident du travail, et cela sans condition de réciprocité, mais sous la condition cependant qu'ils continuent de résider sur le territoire français, sans quoi le montant de l'indemnité serait réduit (art. 3, al. 14, de la loi du 9 avril 1898) (2).

8° Ils peuvent enfin faire des versements à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse (L. 20 juill. 1886, art. 14), sauf à ne pas profiter des bonifications prévues par l'art. 11, al. 2.

En sens inverse : 1° l'étranger qui n'a pas en France de domicile autorisé (3) n'y jouit pas du bénéfice de cession de biens, lors même qu'un traité assure ce bénéfice aux Français dans le pays de cet étranger, l'art. 905 C. pr. le refusant d'une manière générale aux étrangers;

2° L'étranger, chef de famille ou de ménage, et ayant son domicile réel et fixe dans une commune française, ne peut, si ce domicile n'a pas été autorisé conformément à l'art. 13 C. civ., être appelé au partage des bois d'affouage (art. 105 C. for., modifié par la loi du 19 avril 1901) (4).

3° L'étranger, même autorisé, n'a pas droit, quoiqu'elle puisse lui être accordée en fait, à l'assistance médicale gratuite, si le gouvernement français n'a point passé de traité d'assistance réciproque avec sa nation d'origine (L. du 15 juillet 1893, art. 1er).

4° Les sociétés de secours mutuels constituées entre étrangers ne peuvent exister qu'en vertu d'un arrêté ministériel

(1) Cf. Despagnet, n. 73 s.; Surville et Arthuys, n. 390.

(2) Cabouat, *Lois nouvelles*, 1899, I, p. 397 s.; Ed. Serre, *J. Clunet*, 1902, p. 858.

(3) Aubry et Rau, I, § 79, p. 526, n. 10; Demolombe, I, n. 266; Weiss, p. 132. — *Contra :* Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, quest. 3057.

(4) Cf., dans l'art. 2 du décret du 28 janv. 1890, une disposition analogue au sujet de la récolte des herbes marines. Surville et Arthuys, p. 148, note 1.

toujours révocable, et ne peuvent qu'exceptionnellement choisir leurs administrateurs parmi leurs membres, qu'ils soient ou non de même nationalité (loi du 1er avril 1898, art. 3, § 4). Et, d'autre part, si les sociétés ainsi autorisées jouissent des droits reconnus aux sociétés libres, elles ne sauraient prétendre aux avantages conférés par la loi aux sociétés approuvées (art. 26 de la loi et avis du Conseil d'Etat du 28 déc. 1899 [1].

638. D'autre part, il convient aussi de remarquer, et cette observation est capitale, que cette question de jouissance des droits civils ne se pose pas non plus, comme elle le fait habituellement, en première ligne, toutes les fois que, par application des principes relatifs aux conflits de lois, la situation doit être nécessairement réglée d'après les dispositions d'une loi déterminée, soit de la loi française, soit de la loi étrangère. Ainsi l'étranger ne saurait invoquer en France les droits constitutifs de l'état et de la capacité tels qu'ils résultent de la loi française puisqu'il reste, sous ce rapport, régi par sa loi nationale. A l'inverse, il peut invoquer tous les droits qui dérivent des lois françaises de police et de sûreté, puisqu'elles étendent nécessairement leur empire sur toutes les personnes habitant le territoire. C'est qu'alors la règle de conflit domine la question de jouissance, puisqu'elle impose au juge le principe même de sa solution [2].

639. Ces deux observations, bien comprises, diminuent considérablement l'intérêt de la controverse qui vient d'être tranchée. Lorsque cet intérêt subsiste, soit parce que la loi française est restée muette, soit parce que les principes qui gouvernent les conflits de lois ne sont pas en jeu, il y a lieu, pour chaque faculté légale, de se demander si elle rentre dans la catégorie des droits naturels ou dans celle des droits civils *stricto sensu*. Or la détermination de ce caractère ne laisse pas que d'être très délicate, et le système qui l'impose mérite assurément toutes les critiques dont il a été l'objet.

[1] Fuzier-Herman, *Répert. de dr. franç.*, v° *Sociétés de secours mutuels*, n. 169 et 352.

[2] Aubry et Rau, I, § 78, p. 503 s., n. 23 s.; Demante, I, n. 43 *bis*, I; Demangeat sur Fœlix, I, p. 12, note *a*.

Il ne suffit pas effectivement de rechercher, comme on l'a toujours proposé jusqu'ici, si un droit est, de fait, généralement admis dans toutes les législations des peuples policés, auquel cas il serait du *jus gentium*, ou si, au contraire, il est plus particulièrement l'œuvre du droit national qui le consacre, ce qui en ferait une dépendance du droit civil proprement dit [1]. Outre que ce critérium laisse la difficulté presque entière, il peut conduire à des conclusions erronées. Et, par exemple, ainsi que n'ont pas manqué de l'observer certains des adversaires de notre système, la succession *ab intestat*, les donations et les testaments se retrouvent dans toutes les législations des pays civilisés, quoique ces institutions aient pu recevoir dans chacun d'eux une organisation différente. Pourquoi les ranger alors dans le *jus civile ?*

A notre avis, c'est à l'analyse de l'objet même du droit et des considérations sur lesquelles il repose que l'interprète devrait se livrer pour savoir quel est son véritable caractère. Un droit serait civil lorsque sa reconnaissance au profit des Français dériverait de considérations sociales, politiques, ou même parfois économiques, qui n'en imposent nullement dans les idées de l'époque l'extension aux étranges eux-mêmes. Ce droit resterait, en principe, exclusivement propre aux Français, parce que l'intérêt qu'il a pour but de satisfaire ne commanderait nullement qu'il pût être exercé par les étrangers ou même exigerait qu'il ne leur appartînt pas. Il serait naturel, au contraire, lorsqu'il reposerait sur des considérations, morales ou économiques le plus souvent, qui en commandent, sous peine de n'être que partiellement respectées, la reconnaissance même au profit des étrangers. L'intérêt que ce droit a pour but de satisfaire ne serait satisfait qu'incomplètement si les étrangers, en principe, en étaient privés. En d'autres termes un droit serait naturel ou civil suivant que sa raison d'être exigerait que l'étranger y participât où qu'il en fût exclu.

Ainsi l'étranger doit pouvoir se marier en France et y fonder une famille : toutes les considérations morales et sociales

[1] Cpr. Aubry et Rau, I, 78, p. 497, et p. 500, n. 15 ; Laurent, I, n. 422 et 444.

sur lesquelles repose le mariage le veulent impérieusement. De même il serait inadmissible que l'étranger fût privé de la faculté de contracter en France, car les considérations économiques qui la font reconnaître au national repoussent toute distinction entre lui et l'étranger : si la liberté des transactions fait la richesse d'une nation, il faut que les étrangers y participent au même titre que les nationaux. Mais — sans examiner ici ces questions au point de vue de notre droit positif [1] — on comprendrait, au contraire, que l'étranger défendeur ne jouit pas du droit de réclamer la caution *judicatum solvi,* pas plus que la femme mariée étrangère du droit de se prévaloir de l'hypothèque légale de l'art. 2121 [2], parce que le premier a pour but de prémunir les nationaux contre les chances d'insolvabilité des étrangers qui les poursuivent en France, et le second d'empêcher que la dot de la femme ne soit dissipée par le mari au grand préjudice de la famille tout entière : toutes considérations qui devraient faire refuser aux étrangers le bénéfice de ces facultés légales, si on jugeait que la loi nationale n'a pas à se préoccuper de l'intérêt des étrangers plaidant en France contre d'autres étrangers ou de celui des femmes et des familles étrangères qui y vivent.

Il suffit d'avoir tenté de poser ici le principe de la distinction. Le caractère de chaque droit sera déterminé à la place qui lui a été assignée dans le plan de cet ouvrage. Ce caractère, au reste, n'est douteux que pour un petit nombre de facultés légales, telles que le droit de demander la caution *judicatum solvi,* le droit d'avoir un domicile en France, le droit d'ester en justice dans un procès qui n'intéresse que des étrangers, le droit d'adopter ou d'être adopté, le droit de jouissance légale des père et mère, le droit d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille, et le droit d'hypothèque légale de la femme mariée, des mineurs et des interdits.

640. Telle est la situation des étrangers ordinaires. Prou-

(1) Cf. quant à la première, *infra*, n. 682.

(2) Cf. Req. rej., 27 janv. 1903, S., 1904. 1. 81, note de M. Pillet, D., 1903. 1. 249, note de M. E. L. — Cf. le *Traité des hypothèques* de Baudry-Lacantinerie et de Loynes, 3e éd.

d'hon [1], dans une théorie célèbre dite de l'*incolat*, a prétendu que cette situation s'améliorait lorsque, sans être admis à domicile, l'étranger se fixait en France à perpétuelle demeure. Celui-ci pourrait alors, selon lui, réclamer, non point sans doute tous les droits que lui confèrerait l'art. 13 [2], mais « les droits purement personnels, pour le règlement de ses qualités et de son état », tels qu'ils sont déterminés par la loi française, laquelle régirait notamment à ce titre son état et sa capacité. Et en effet, dit Proudhon, la nationalité dépend du domicile, du moins lorsqu'il est fixé définitivement en un lieu : il s'établit alors entre l'homme et ce lieu un lien tellement durable qu'il est le seul qui doivent être pris en considération pour la détermination de la nationalité. Partant, de même que le Français cesse de l'être lorsqu'il se fixe hors de France sans esprit de retour (ancien art. 17-3°), de même l'étranger qui s'établit en France dans les mêmes conditions doit cesser d'être étranger. Et comme il n'en faut pas moins que cet étranger, qui n'appartient plus à aucun pays, jouisse de certains droits, il faut lui reconnaître tous ceux dont la jouissance ne préjudicie à personne.

Ce paradoxe n'a pas fait fortune. Sans même discuter ses prémisses, trop évidemment fausses, rien d'abord dans le code civil ne permet d'entrevoir pour l'étranger une situation intermédiaire entre celle de l'étranger admis à domicile et la condition de celui qui ne l'est pas. Puis, d'après les principes du droit international privé, les causes de dénationalisation d'un individu sont déterminées par sa loi nationale, et non par celle du pays où il est établi : or il est fort possible que sa loi, comme du reste la nôtre aujourd'hui, ne tienne aucun compte à cet égard du transfert du domicile à l'étranger, de telle sorte qu'il n'en conserve pas moins sa nationalité même quand il perd l'esprit de retour dans sa patrie. Dès lors son statut personnel reste, en ce cas, régi par sa propre loi, et il est dans la situation d'un étranger ordinaire au point de vue de la jouissance des droits civils. Bien mieux : la perte de sa

(1) Proudhon et Valette, *Etat des personnes*, I, p. 190 s.
(2) Cf. Trib. com. Marseille, 21 août 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 323.

nationalité fût-elle attachée, dans sa législation, à la perte de l'esprit de retour, il n'en résulterait nullement qu'il dût être, précisément parce qu'il serait désormais sans patrie, mieux traité que tout autre étranger : sa condition, bien au contraire, deviendrait celle des *heimathlosen*, qui ne peuvent se réclamer d'aucune loi. Seulement, par application d'une règle déjà connue, l'état et la capacité de cet individu seraient alors régis par la loi de son domicile, dans l'espèce par la loi française. Dans ce cas particulier la théorie de Proudhon contient, mais pour tout autres motifs que ceux qu'il invoque, une parcelle de vérité. Elle est d'ailleurs aujourd'hui complètement abandonnée [1].

2. *De la situation des étrangers quant aux contestations dans lesquelles ils sont engagés* [2].

641. L'étranger, même non admis à domicile, peut certainement ester en justice, ce droit étant évidemment naturel, au moins quand il a affaire avec un Français.

Mais peut-il, en l'absence d'une autorisation de domicile ou d'une convention diplomatique [3], obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire ? La question est controversée.

Pour la négative, on fait valoir que ce bénéfice constitue une faveur onéreuse pour le Trésor et qui a pu, comme telle, être réservée aux nationaux par la loi du 22 janvier 1851 [4], d'autant que la constatation d'indigence de celui qui la sollicite pourrait présenter de très grandes difficultés lorsqu'il est étranger. Et ce qui prouve, ajoute-t-on, qu'il en est ainsi,

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 1, n. 10; Aubry et Rau, I, § 79, p. 524, n. 5; Laurent, I, n. 372; Weiss, p. 138 s. — Cf. Trib. Pau, 19 avril 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 858.

[2] Bonfils, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, Paris, 1865; Trochon, *Les étrangers devant la justice française*, Paris, 1867; Gerbaut, *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers* (Thèse, Nancy, 1882; Lanata, *De la compétence des tribunaux civils et français à l'égard des étrangers* (Thèse, Paris, 1882; Lachau, *De la compétence des trib. fr. à l'égard des étrangers*, Paris, 1893; Moulier, *J. Clunet*, 1893, p. 331 s.; Em. Stevaert, *La compétence civile à l'égard des étrangers*, *Rev. trim. de dr. civil*, 1903, p. 335.

[3] Cf. Despagnet, n. 43; Rouard de Card, *Etudes du droit international*, Paris, 1890, p. 157 s.

[4] La loi du 10 juillet 1901 n'a pas tranché la controverse.

c'est l'existence des traités conclus à ce sujet par la France avec de nombreuses puissances étrangères [1].

Pour l'affirmative, on répond d'abord à cette dernière objection que la conclusion de ces traités peut s'expliquer par le désir de la France d'obtenir au dehors, pour ses ressortissants, le bénéfice auquel elle admet les étrangers chez elle. Et on dit ensuite que ce bénéfice, ayant pour but de permettre aux indigents de défendre leurs droits en justice, ne saurait être sans iniquité réservé à nos nationaux. A notre sens, en effet, il repose sur des considérations morales qui en commandent, sous peine de n'être que partiellement respectées, l'extension à tous les indigents, sans distinction de nationalité [2].

642. Quoi qu'il en soit à cet égard, la situation de l'étranger ordinaire diffère beaucoup de celle du Français lorsqu'il est engagé dans une contestation.

Sous un premier rapport les dispositions des art. 14 et 15 apportent de graves dérogations aux règles de la compétence, lorsque des étrangers non admis à domicile sont engagés dans une instance avec des Français. Mais ces dérogations n'ont pas la même portée, suivant que l'étranger est défendeur au procès ou qu'il est demandeur, auquel cas l'art. 16 prend contre lui un surcroît de garantie en exigeant la caution *judicatum solvi*. Et, d'autre part, elles ne touchent qu'aux règles de compétence en matière personnelle.

643. En matière réelle, il y a lieu d'appliquer les règles du droit commun, qui attribuent compétence au tribunal de la situation de l'objet litigieux (art. 59, 3e al., C. pr.), du moins si l'action est immobilière : l'instance relative à un

(1) Rousseau et Laisney, *Dict. de proc. civ.*, v° *Assist. jud.*, n. 9; Dorigny, *Assist. jud.*, p. 149; Doublet, *Rev. prat.*, 1862, XIV, p. 80; Note, S., 93. 4. 9. Lettre du garde des sceaux, 18 août 1876, *J. Clunet*, 1876, p. 417. — Bureau d'assist. près la Cour de Nancy, 20 mai 1865, S., 65. 2. 243, D., 66. 3. 80. — Bureau près le Trib. de Boulogne-sur-Mer, 26 déc. 1884, *Le Droit*, 30 mars 1885. — Bureau près la Cour de Paris, 30 mai 1891, *Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-91, 2. p. 156. — Lettre du garde des sceaux, 11 juin 1897, *J. Clunet*, 1899, p. 217. — Cpr. Surville et Arthuys, p. 150, note 1.

(2) Despagnet, n. 43; Weiss, p. 761, note 1; Rouard de Card, *op. cit.*, p. 171 s.; Brière-Valigny, *Code de l'assist. jud.*, p. 299 s.; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Assist. jud.*, n. 20 et 21; Beauchet, *Gaz. du Pal.*, 11 mars 1886. — Bureau d'assist. près la cour de Paris, 18 déc. 1855, *Journ. des avoués*, 1856, p. 345.

droit réel immobilier s'ouvre donc devant un tribunal français ou devant un tribunal étranger, suivant que l'immeuble litigieux est situé en France ou à l'étranger, quelle que soit la nationalité des personnes qui y sont engagées [1].

Quant aux actions mixtes, elles sont certainement de la compétence du juge français, à raison de leur élément de réalité, si elles sont relatives à des immeubles situés en France. Mais elles sont encore de sa compétence, lors même qu'elles ont trait à des immeubles situés à l'étranger, si, en les considérant comme personnelles, ainsi que leur nature autorise à le faire, ce juge a qualité, aux termes de l'art. 14, pour en connaître (arg. art. 59, 4e al., C. pr.) [2].

644. Puis, en second lieu, lorsqu'une contestation n'intéresse que des étrangers, on va jusqu'à se demander si elle est nécessairement de la compétence de nos tribunaux dans les termes du droit commun, ou si les règles ordinaires ne souffrent pas alors une nouvelle exception qui s'ajoute à celles des art. 14 et 15.

Deux cas doivent être distingués pour l'étude de la situation des étrangers quant aux contestations dans lesquelles ils sont engagés, suivant qu'elles s'élèvent entre Français et étrangers ou entre étrangers seulement.

PREMIER CAS. *Des contestations entre Français et étrangers.*

645. Deux hypothèses sont susceptibles de se présenter : 1° un Français est demandeur contre un étranger; 2° un étranger est demandeur contre un Français. L'art. 14 est relatif à la première, l'art. 15 à la seconde. On se rappellera que dans les explications qui suivent il n'est question, en principe, que de compétence en matière personnelle ou en matière réelle mobilière.

(1) Demante, I, n. 45 *bis*, V; Huc, I, n. 278; Despagnet, n. 173; Weiss, p. 728; Surville et Arthuys, n. 398; Gerbaut, n. 3 s.; Féraud Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 145; Glasson, *eod. op.*, 1881, p. 123. — Civ. cass., 22 mars 1865, S., 65. 1. 175, D., 65. 1. 127. — Trib. Seine, 22 déc. 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 414. — Trib. Seine, 9 juin 1885, *eod. op.*, 1886, p. 596.

(2) Despagnet, *loc. cit.*; Weiss, p. 728; Bonfils, n. 40 et 41; Fuzier-Herman, art. 14, n. 2. — Douai, 3 avril 1848, S., 48. 2. 625, D., 48. 2. 187. — Nancy, 10 juin 1871, S., 71. 2. 130. — Trib. Seine, 13 nov. 1874, *J. Clunet*, 1876, p. 268.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE : *Français demandeur contre un étranger* (art. 14) [1].

646. L'art. 14 est ainsi conçu : « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.* »

Il importe avant tout de déterminer le fondement précis de la dérogation qu'apporte l'art. 14 à la règle consacrée par l'art. 59, 1er al., C. pr., *actor sequitur forum rei.*

Or il paraît certain, tout d'abord, qu'elle ne saurait être présentée à aucun titre comme un corollaire de la disposition de l'art. 15 : ce dernier assure au Français actionné par un étranger la compétence des juges de son pays, et presque toujours de ses juges naturels, c'est-à-dire du tribunal de son domicile, tandis qu'au contraire l'art. 14 a pour effet d'obliger l'étranger défendeur à comparaître devant les tribunaux français, et presque toujours de le détourner de ses juges ordinaires. En d'autre termes, l'art. 15 n'est le plus souvent que l'application du droit commun, auquel déroge le plus ordinairement l'art. 14.

On ne peut pas non plus, selon nous, expliquer l'art. 14 en disant que l'étranger doit être présumé, par cela seul qu'il s'est obligé envers un Français, avoir accepté la compétence de la juridiction française pour toutes les dificultés relatives à son engagement. Cette supposition, admissible à la rigueur lorsque l'obligation a été contractée en France, ne l'est plus lorsque cette obligation est née en pays étranger. Or, même dans ce dernier cas, les tribunaux français sont compétents. Ils ne l'étaient alors, il est vrai, d'après le projet, que dans le cas où l'étranger était « trouvé en France » : « *et s'il est trouvé en France,* disait la disposition primitive, il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Mais, en vue de rendre les tribunaux fran-

[1] Fœlix, *Rev. de droit fr. et étr.*, 1841, VIII, p. 81 et 384 s.

çais compétents dans tous les cas, les mots soulignées furent supprimés dans le texte définitif, et c'est même cette suppression qui a rendu si vicieuse la rédaction de notre article, puisqu'il formule identiquement la même règle dans deux membres de phrase différents. L'explication proposée, qui convenait à la disposition projetée, ne saurait donc en aucune façon convenir à celle qui a été définitivement votée. Elle conduirait, en outre, à exclure la compétence des juges de notre pays lorsque l'étranger aurait ignoré que son créancier fût Français, ou, le sachant, aurait formellement protesté, au moment où il s'est obligé, contre l'application de l'art. 14, sans pourtant que le créancier y eût renoncé : or cette double conséquence est repoussée par tout le monde (1).

En réalité l'art. 14 constitue une disposition de faveur pour les Français. Mais quelle est la raison d'être de cette faveur ? C'est ce qu'il importe encore de déterminer.

A-t-on voulu, comme on l'a dit parfois, procurer au Français créancier d'un étranger une justice plus prompte et moins coûteuse ? Il ne le semble pas, car rien ne prouve d'abord que la justice française ait sur la justice étrangère cette double supériorité. Puis, ce résultat, si on se l'était proposé, n'eût pu en général être atteint, car, comme l'étranger ne possède le plus souvent rien en France, il y a lieu, pour le Français, de poursuivre l'exéquatur du jugement qu'il a obtenu de ses tribunaux dans le pays où il veut l'exécuter : par les lenteurs et les frais auxquels cette procédure nouvelle l'expose, l'art. 14 risquerait donc fréquemment, sous prétexte de le lui abréger, de lui faire prendre le chemin le plus long et le plus difficile.

Cette disposition a-t-elle eu, d'autre part, pour objet d'encourager les relations internationales, en assurant aux Français qui se proposent de traiter avec des étrangers la compétence de leurs juges nationaux pour toutes les contestations

(1) Weiss, p. 731 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 38. — Paris, 3 juin 1872, S., 72. 2. 293, D., 72. 2. 124. — Limoges, 19 juin 1885, *Gazette du Palais*, 10 nov. 1885. — Cf. cep. Trib. com. Seine, 21 fév. 1887, *J. Clunet*, 1887, p. 478. — Cpr. Demante, I, n. 45 *bis*-II.

susceptibles de naître de ces rapports? Il faut avouer, si cette explication était vraie, qu'on s'y serait assez mal pris pour favoriser l'essor de nos relations extérieures, car l'art. 14 serait évidemment de nature à le paralyser du côté de l'étranger au moins autant qu'à le développer du côté de nos nationaux. Elle impliquerait peut-être aussi, ce que nous n'admettons pas, que l'art. 14 n'est susceptible d'être invoqué que par celui qui, au moment même où il est devenu créancier d'un étranger, était déjà investi de la qualité de Français, puisque, dans le cas contraire, la relation juridique serait née entre deux étrangers.

Pour nous, l'art. 14 a été inspiré par un sentiment de défiance envers les tribunaux étrangers et par la crainte que les Français n'en obtinssent pas bonne justice. On a redouté que nos nationaux fussent, devant les juridictions étrangères, victimes de leur qualité, et voulu dès lors que cette même qualité leur permît d'échapper à la compétence de la justice étrangère et de poursuivre leur adversaire devant les tribunaux français. L'art. 14 apparaît ainsi, non plus comme un encouragement donné aux Français qui se proposent d'entrer en relations avec des étrangers, mais comme une mesure de protection édictée en faveur de tous ceux de nos nationaux qui ont à réclamer en justice l'exécution d'un engagement pris par un étranger, ou, d'une façon plus générale, comme on le verra, à débattre avec des étrangers des intérêts pécuniaires ou non pécuniaires, ce qui prouve bien que cette disposition est exclusivement née d'une pensée de défiance (1).

Si tel est son fondement, il faut ajouter aussitôt qu'elle est en raison tout à fait injustifiable : gratuitement outrageante pour le juge étranger, elle expose les Français à se voir à leur tour, par voie de rétorsion (2), refuser hors de leur pays

(1) Demolombe, I, n. 248; Laurent, I, n. 436; Beudant, I, n. 91; Despagnet, n. 177; Weiss, p. 729 s.; Surville et Arthuys, n. 398.

(2) Cf. art. 105 C. pr. civ. italien, et Gênes, 15 oct. 1895, D., 98. 2. 35. — Aussi, en vue d'éviter ces mesures de rétorsion, le projet de révision du code de procédure civile (art. 9 du titre des ajournements) contient-il une disposition déclarant que l'art. 14 ne pourra être opposé qu'aux étrangers dont la législation contient une disposition semblable à l'encontre des Français ou dont les tribunaux nationaux se déclareraient incompétents. — Cpr. Despagnet, *loc. cit.;* Weiss, *loc. cit.;*

l'application du droit commun en matière de compétence. Aussi est-elle, de l'aveu de tous, l'une des dispositions qu'une réforme de nos codes devra faire disparaître.

Il faut, sur cet article 14, déterminer successivement : 1° les contestations auxquelles, à raison de leur nature, il est applicable ; 2° qui peut l'invoquer ; 3° contre qui il peut être invoqué ; 4° dans quel cas il cesse d'être applicable ; 5° enfin le tribunal auquel il attribue compétence.

1° Des contestations auxquelles, à raison de leur nature, l'art. 14 est applicable.

647. L'art. 14 est d'abord applicable aux contestations relatives aux obligations contractées, en quelque lieu que ce soit, par un étranger envers un Français. Il ne vise même expressément que celles-là. Mais c'est vraisemblablement parce que le contrat est la source la plus fréquente des obligations, et nullement pour soustraire à son domaine les obligations dont un étranger pourrait se trouver tenu envers un Français en vertu d'une autre cause, c'est-à-dire les obligations dérivant d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ou de la loi. Où serait d'ailleurs la raison de distinguer entre celles qui résultent d'un contrat et celles qui dérivent d'une autre source? On pourrait, à vrai dire, n'appliquer l'article que dans les cas où l'obligation résulte d'un fait volontaire du débiteur (1), sous ce prétexte qu'alors seulement il peut être présumé avoir renoncé au bénéfice de la compétence du droit commun. Mais cette distinction, qui n'aurait même pas pour elle le texte de notre disposition, ferait alors reposer celle-ci sur un autre fondement que celui que nous lui avons reconnu (2).

Surville et Arthuys, n. 402; Norsa, *J. Clunet*, 1874, p. 174 s. — Sur la question de savoir si les jugements rendus par application de l'art. 105 C. pr. civ. italien peuvent être déclarés exécutoires en France sans révision, cpr. en sens divers, Chambéry, 13 août 1900, S., 1903. 2. 305; Aix, 22 juill. 1901, S., 1903. 2. 305, note de M. Audinet; Paris, 12 août 1902, S., 1903. 2. 100.

(1) Demante, I, n. 45 *bis*, II.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 5; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 137, n. 5 et 7; Demolombe, I, n. 250; Duranton, I, n. 151; Huc, I, n. 279; Demangeat, p. 405; Fœlix, I, n. 175; Despagnet, n. 178; Weiss, p. 744 s.; Surville et Arthuys, n. 398; Bonfils, n. 71; Gerbaut, n. 190 s.; Soloman, p. 85; Fuzier-Herman, art. 14, n. 5 s.; Renault, S., 77. 1. 97. — Civ. cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 323, D., 72. 1.

648. L'art. 14 doit s'appliquer toutes les fois qu'un étranger est, à raison d'un fait quelconque, obligé envers un Français. Il peut être invoqué notamment :

1° Par les créanciers et les légataires français d'une succession à laquelle sont appelés des héritiers étrangers, quoiqu'elle se soit ouverte hors de France, et nonobstant la disposition de l'art. 59-6e al. 2° C. proc. (1).

2° Par un héritier ou un associé français qui demande contre un étranger le partage d'une succession ouverte à l'étranger ou d'une société y ayant son siège, nonobstant l'art. 59-6e et 5e al. C. pr. (2).

3° Par le créancier français d'un individu étranger déjà déclaré en faillite hors de France, nonobstant l'art. 59, al. 7, C. pr. (3), quoique cette solution ait ce grave inconvénient de porter atteinte au principe de l'unité de la faillite.

4° Par le Français qui a une créance commerciale contre un étranger, quoiqu'aucun des faits attributifs de compétence aux termes de l'art. 420 C. pr. ne se rencontre en l'espèce (4).

Toutes les dispositions qui paraissent s'opposer à ces solu-

293. — Besançon, 29 juin 1885, S., 86. 2. 229. — Rennes, 21 déc. 1887, S., 88. 2. 25, note de M. Lyon-Caen, D., 89. 2. 145, note de M. Cohendy. — Aix, 28 fév. 1889, D., 90. 2. 59. — Paris, 19 juin 1894, sous Cass., S., 96. 1. 225, note de M. Pillet. — Trib. Seine, 27 mai 1896, *J. Clunet,* 1897, p. 124, 1901, p. 128. — Rouen, 5 août 1896, *J. Clunet,* 1897, p. 523. — Trib. comm. Seine, 4 oct. 1899, *J. Clunet,* 1901, p. 132. — *Contra :* Paris, 5 juin 1829, S., 29. 2. 249, D., *Rép.*, v° *Droit civil,* n. 138.

(1) Aubry et Rau, *eod. loc.,* p. 138, n. 9 et 10 ; Demolombe, I, n. 250 ; Weiss, p. 746 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 9 s. — Req. rej., 19 avril 1859, S., 59. 1. 411, D., 59. 1. 277. — Trib. Seine, 28 déc. 1875, *Le Droit,* 12 janv. 1876. — Orléans, 18 nov. 1896, *J. Clunet,* 1897, p. 326. — Cpr. Wahl, *J. Clunet,* 1895, p. 730 s.

(2) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 11 ; Demangeat sur Fœlix, I, p. 359, note *a;* Despagnet, n. 178 ; Weiss, p. 746 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 13 s., et n. 20 s.; Lyon-Caen, *De la cond. des sociétés étr. en Fr.,* n. 137. — Req. rej., 8 juill. 1840, S., 40. 1. 866, D., 40. 1. 244. — Req. rej., 6 fév. 1878, S., 80. 1. 79. — Rouen, 1er avril 1881, S., 82. 2. 153, D., 82. 2. 92. — Cpr. cep. Req. rej., 19 déc. 1864, S., 65. 1. 217, D., 65. 1. 423.

(3) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 12 ; Despagnet, n. 424 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 23 s. ; Dubois sur Carles, *De la faillite en dr. intern. privé,* p. 38 s. — Req. rej., 12 nov. 1872, S., 73. 1. 17 et note D., 74. 1. 168. — Paris, 7 mars 1878, S., 79. 2. 164, concl. de M. Hémar et note de M. Dubois.

(4) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 8 ; Weiss, p. 746 ; Despagnet, n. 178. — Colmar, 30 juin 1865, S., 66. 2. 25. — Trib. comm. Le Havre, 27 mai 1874, *J. Clunet,* 1875, p. 187. — Cpr. Paris, 11 juill. 1890, *Rev. prat. de dr. intern. pr.,* 1890-91, 1. 315.

tions, en donnant, suivant les cas, compétence au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, du lieu où est établi le siège de la société, du lieu du domicile du failli, du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou du lieu où doit être effectué le paiement, sont en effet des règles de compétence interne, qui déterminent la juridiction française appelée à connaître de la difficulté. Elles ne sauraient donc servir à écarter l'application de la règle de l'art. 14, qui exclut la compétence d'une juridiction étrangère (1).

5° Par le Français qui demande à un étranger une pension alimentaire. Qu'importe que l'obligation du débiteur dérive de la loi (2) ?

648 *bis*. Enfin on s'accorde même à décider, en doctrine et en jurisprudence, que l'art. 14 peut être invoqué par le Français qui intente contre un étranger une action relative à l'état des personnes : action en recherche de maternité, en nullité de mariage, demande en séparation de corps, déclaration d'absence, etc. (3). On ne limite donc pas l'application de l'article aux contestations relatives à des intérêts pécuniaires : on l'étend ainsi à toutes les actions personnelles, quel qu'en soit l'objet. Ou, pour mieux dire, l'art. 14 est considéré comme ayant le même domaine d'application que la règle de l'art. 59-1er al. C. pr., modifiée ou non par les alinéas subséquents, à laquelle il déroge, et il ne reste en dehors de ce domaine que les actions qui sont de la compétence du juge de la situation de l'objet litigieux. S'il faut soustraire autant que possible les nationaux à la justice étrangère, qu'importe en effet que l'intérêt qui est en jeu soit pécuniaire ou non ?

(1) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 138, n. 8 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 15 s. — Cpr. Req. rej., 30 nov. 1868, S., 69. 1. 267, D., 69. 1. 194.

(2) Weiss, p. 747 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 7. — Req. rej., 13 déc. 1865, S., 66. 1. 157, D., 66. 1. 20.

(3) Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 137, n. 6 ; Demolombe, I, n. 250 ; Beudant, I, n. 89 ; Despagnet, n. 178, Weiss, p. 747 ; Bonfils, n. 74 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 8 ; Labbé, S., 76. 1. 280. — Civ. cass., 19 juillet 1848, S., 48. 1. 529, D., 48. 1. 129. — Aix, 14 déc. 1891, sous Cass., S., 95. 1. 449, D., 94. 1. 11. — Paris, 1er août 1894, *J. Clunet*, 1894, p. 997. — Civ. cass., 27 déc. 1897, D., 1901. 1. 40, *J. Clunet*, 1898, p. 334. — Montpellier, 19 fév. 1900, D., 1901. 2. 25, note de M. Valéry, *J. Clunet*, 1900, p. 955. — Cpr. Douai, 2 août 1854, S., 54. 2. 700, D., 55. 2. 5. — Chambéry, 27 août 1877, S., 78. 2. 15, D., 78. 2. 184. — Cpr. Surville et Arthuys, n. 398.

2° *Qui peut invoquer l'art. 14.*

649. Seules les personnes, physiques ou morales (1), qui sont de nationalité française ou qui jouissent des mêmes droits civils, soit en vertu de l'art. 13, soit en vertu de l'art. 11, sont admises à se prévaloir de notre disposition (2). Le bénéfice de cette compétence exceptionnelle ne saurait être en effet réservé uniquement aux Français à l'exclusion de ces dernières, car, dans l'esprit de la loi, il constitue moins un privilège véritable qu'un moyen assuré de se faire rendre bonne justice et de faire respecter ses droits, de telle sorte qu'il doit appartenir à tous ceux qui ont la jouissance des droits civils. Mais, en dehors de ces cas, il est refusé aux étrangers, quelle que soit la durée de leur séjour en France, s'il n'est pas autorisé (3), et en quelque qualité qu'ils agissent : spécialement ne peut pas l'invoquer l'étranger cessionnaire d'une créance née au profit d'un Français (4).

650. Il est indifférent au reste que le Français ait son domicile ou sa résidence en France ou à l'étranger. L'esprit de la loi, tel qu'il a été déterminé, exclut toute distinction. D'autre part, refuser au Français domicilié à l'étranger le bénéfice de cette disposition, ce serait réduire considérablement son domaine, les obligations contractées à l'étranger envers des Français l'étant très souvent envers des Français domiciliés hors de France (5).

651. Le Français qui se prévaut de l'art. 14 doit certainement avoir cette qualité au moment même où il introduit

(1) Weiss, p. 732. — Paris, 11 mars 1873, *J. Clunet*, 1874, p. 308. — Req. rej., 12 nov. 1872, S., 73. 1. 17, D., 74. 1. 168.

(2) Demolombe, I, n. 266 ; Weiss, p. 732 ; Surville et Arthuys, n 398. — Civ. cass., 14 mars 1883, S., 83. 1. 259, D., 83. 1. 377 et note. — Trib. comm. Marseille, 28 août 1900 (sol. impl.), *J. Clunet*, 1902, p. 323

(3) *Contra* : Trib. comm. Marseille, 8 déc. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 789.

(4) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 140, n. 19 ; Weiss, p. 734 et 735 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 55 ; Bodin, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 155.

(5) Aubry et Rau, *eod. loc*, p. 136, n. 3 ; Demolombe, I, n. 249 ; Duranton, I, n. 151, note 1 ; Huc, I, n. 279 ; Fœlix, I, n. 161 ; Despagnet, n. 178 ; Weiss, p. 732 ; Bonfils, n. 61 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 41. — Civ. cass., 26 janv. 1836, S., 36. 1. 217, D., 36. 1. 100. — Req. rej., 8 juillet 1840, S., 40. 1. 866, D., 40. 1. 241. — Trib. com. Marseille, 29 nov. 1886, *J. Clunet*, 1888, p. 512. — *Contra :* Delvincourt, I, p. 16, note 10 *in fine*.

l'instance [1]. Mais cela suffit-il? Cette question en comprend deux autres.

N'est-il pas nécessaire, en premier lieu, que le demandeur, Français lorsque le procès s'engage, l'ait été également lorsque l'obligation est née? Certains auteurs l'exigent ainsi : ils se fondent, d'une part, sur le texte même de l'art. 14, qui suppose l'obligation contractée « avec » ou « envers des Français », et, d'autre part, sur ce que la situation du débiteur ne doit pas être empirée par le changement de nationalité du créancier, fait tout personnel à celui-ci [2]. Mais l'opinion contraire est bien préférable. L'argument de texte invoqué est d'une extrême faiblesse, car les mots soulignés n'ont eu évidemment d'autre but que de montrer que les Français seuls peuvent se prévaloir de cette disposition. La position du débiteur est modifiée, sans doute, à la suite d'un fait personnel au créancier, mais elle l'est directement par la loi, qui n'a aucun égard ici à la volonté de l'obligé, et dont le but surtout ne serait qu'incomplètement atteint si les Français n'étaient pas dans tous les cas soustraits à la compétence des juges étrangers [3].

652. Est-il nécessaire, en second lieu, que l'obligation soit née directement au profit d'un Français, ou ne suffit-il pas, pour que l'art. 14 soit applicable, que le demandeur [4] soit Français, de quelque façon qu'il ait été substitué aux droits du créancier primitif et quelle qu'ait été la nationalité de celui-ci?

(1) Civ. cass., 16 juil. 1894, S., 94. 1. 457. — Cpr. Valéry, *Note,* D., 1901. 2. 25.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 136, n. 4; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 169; Massé, *Droit commercial*, I, n. 682 *bis;* Gerbaut, n. 131 *bis*. — Paris, 11 déc. 1847, S., 48. 2. 49, D., 48. 2. 49.

(3) Fœlix et Demangeat, I, n. 176; Despagnet, n. 178; Weiss, p. 732; Fuzier-Herman, art. 14, n. 39 et 40; Bonfils, n. 63. — Civ. rej., 9 mars 1863, S., 63. 1. 225, D., 63. 1. 176. — Req. rej., 16 janv. 1867, S., 67. 1. 159, D., 67. 1. 308. — Trib. Seine, 10 avril 1878, *J. Clunet,* 1878, p. 492. — Montpellier, 19 fév. 1900, *J. Clunet,* 1900, p. 955.

(4) Par demandeur nous entendons celui au nom duquel l'action est exercée : il n'y a donc pas à tenir compte de la nationalité de celui qui l'exerce au nom d'autrui, par exemple de celle des créanciers agissant au nom de leur débiteur ou d'un syndic agissant au nom d'une faillite. — Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 139, n. 14 et 15; Fuzier-Herman, art. 14, n. 52 et 56. — Civ. rej., 12 janv. 1875, S., 75. 1. 124, D., 76. 1. 317.

On s'accorde à reconnaître que, lorsque l'obligation dont un étranger est tenu résulte d'un effet à ordre ou plus généralement d'un effet transmissible par les modes commerciaux, le dernier porteur peut, s'il est Français, poursuivre l'étranger devant les tribunaux de France, quelle qu'ait été la nationalité des titulaires antérieurs. On justifie cette décision en disant que le débiteur s'est directement obligé envers le tiers qui se trouve au jour de l'échéance titulaire de l'effet, et cette assertion est peut-être plus conforme à la conception allemande qu'à la théorie française des effets à ordre; ou encore en remarquant que le débiteur, qui a su d'ailleurs qu'à raison de la nature même de son obligation il était exposé à changer de créancier, ne peut, en principe, opposer au dernier porteur que les exceptions et les moyens de défense qu'il a contre lui personnellement (1).

653. Mais les auteurs se séparent, au contraire, lorsqu'il s'agit de toute autre obligation. D'après les uns, l'art. 14 ne pourrait pas être invoqué par le Français cessionnaire d'une créance née au profit comme à la charge d'un étranger et ne saurait l'être que par l'héritier français d'un créancier étranger. Dans ce dernier cas, disent-ils, la situation du débiteur se trouve modifiée, sans doute, mais par l'effet seul de la loi, à raison de l'ouverture de la succession à laquelle a été appelé notre national (2). Dans tous les autres, au contraire, et toutes les fois qu'il s'agit d'une cession proprement dite, il leur paraît inadmissible que le cessionnaire puisse, par un fait volontaire du cédant, avoir plus de droits que n'en avait ce dernier contre le débiteur étranger : or, obligé envers un étranger, celui-ci ne pouvait s'attendre à se voir poursuivre devant les juges français (3).

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Etranger*, § 4, n. 4; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 140, n. 17; Demolombe, I, n. 250; Fœlix, I, n. 172 et 173; Despagnet, n. 178; Weiss, p. 733; Surville et Arthuys, n. 398; Surville, *Rev. crit.*, 1900, p. 142; Bonfils, n. 67 *bis;* Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 169 et 173; Gerbaut, n. 149 s.; Fuzier-Herman, art. 14, n. 46 s. — Req. rej., 18 août 1856, S., 57. 1. 586, D., 57. 1. 39. — Paris, 30 juin 1888, D., 89. 2. 88. — Paris, 25 janv. 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 995. — *Contra :* Trib. comm. Seine, 13 déc., 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 562.

(2) Civ. rej., 17 fév. 1873, D., 73. 1. 483. — Req. rej., 2 août 1876, S., 77. 1. 97, note de M. Renault, D., 77. 1. 107. — Paris, 12 mai 1882, D., 83. 2. 23.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Etranger*, § 4, n. 3; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 139,

D'autres interprètes, s'attachant plus étroitement à ce dernier argument, repoussent dans toutes les hypothèses l'application de l'art. 14; peu importe, d'après eux, le mode suivant lequel les droits d'un étranger sont passés à un de nos nationaux (1).

Nous pensons aussi qu'il ne faut pas distinguer entre ces hypothèses, mais que, dans toutes, le Français qui se trouve être aux droits de l'étranger, créancier originaire, peut se prévaloir de notre disposition. Il est inutile de réfuter ici une fois de plus l'objection tirée de son texte. Et quant à l'argument principal que font valoir les deux opinions précédentes, on a très justement répondu que la compétence d'un tribunal ne constitue jamais, sauf au cas d'élection de domicile, un droit acquis pour les parties. On comprend dès lors qu'un nouveau créancier puisse, à raison d'une qualité qui lui est propre, saisir un tribunal auprès duquel le créancier primitif n'aurait pas eu accès. Enfin ce droit ne doit-il pas lui être nécessairement reconnu, s'il est vrai, comme nous le croyons, que la loi a voulu soustraire aux tribunaux étrangers la connaissance des contestations intéressant des Français (3)?

La règle peut donc être maintenant formulée en ces termes généraux : en matière personnelle, toute demande dirigée contre un étranger est susceptible d'être portée devant les tribunaux de France, pourvu qu'elle émane d'un individu qui ait la qualité de Français lorsqu'il engage l'instance, et à quelque titre qu'il la forme.

n. 13, 16 et 17; Fœlix, I, n. 172 et 173; Massé, *Dr. commerc.*, I, n. 688; Bodin, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 155. — Req. rej., 26 janv. 1833, S., 33. 1. 100, D., 33. 1. 54. — Paris, 1er mars 1856, S., 57. 2. 109. — Civ. cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 323, D., 72. 1. 293. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 14, n. 44 et 51.

(1) Demolombe, I, n. 250 et 260 *bis*; Gerbaut, n. 145 s.; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 169 s.; Renault, S., 77. 1. 97. — Trib. Seine, 26 oct. 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 595.

(3) Despagnet, n. 178; Weiss, p. 733 et 734; Huc, I, n. 279, et *Traité de la cession*, II, n. 409 et 410; Demangeat sur Fœlix, I, p. 358, note *a*; Audinet, n. 428; Surville et Arthuys, n. 398; Bonfils, n. 67; Trochon, p. 146 s.; Bodin, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 148 s; de Loynes, *Rev. crit.*, 1877, VI, p. 648 s.; Testoud, *Rev. crit.*, 1877, VI, p. 609 s. — Paris, 23 nov. 1883, *J. Clunet*, 1884, p. 284.

3° Contre qui l'art. 14 peut être invoqué.

654. Il peut l'être, en principe, contre toute personne, physique ou civile [1], qui est étrangère lorsque l'instance s'engage, et notamment contre les sociétés étrangères elles-mêmes qui n'auraient pas d'existence légale en France : quoique non reconnues comme personnes morales, elles n'en peuvent pas moins être assignées dans notre pays comme défenderesses [2].

655. Peu importe, d'ailleurs, que l'étranger ait ou non une résidence en France : cette proposition, formellement exprimée par l'art. 14 pour le cas où l'obligation a été contractée en France, est également vraie, malgré le silence de la loi, qui a jugé cette répétition grammaticalement inutile, dans le cas où l'obligation est née à l'étranger. Aussi a-t-on supprimé dans le texte définitif les mots « s'il est trouvé en France », qui figuraient dans la première rédaction de l'art. 14 [3].

656. Mais le principe posé ne comporte-t-il pas certaines exceptions ? En dehors de celles qui peuvent résulter des traités passés entre la France et les puissances étrangères, et dont il n'y a rien à dire ici, il en est une qui est certaine. Par un effet du privilège de l'exterritorialité, les agents diplomatiques accrédités par un gouvernement étranger échappent à la juridiction du pays où ils exercent leurs fonctions, ainsi que les membres de leur famille et les gens de leur suite revêtus d'un caractère public. On ne saurait donc se prévaloir à leur encontre de la disposition de l'art. 14, alors

(1) Cf. Surville, *Rev. crit.*, 1900, p. 142.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 141, n. 20; Weiss, p. 735, et 170; Surville et Arthuys, n. 398; Bonfils, n. 49; Gerbaut, n. 163; Fuzier-Herman, art. 14, n. 74 et 75, et art. 15, n. 4. — Civ. cass., 19 mai 1863, S., 63. 1. 353, réquis. de M. Dupin, D., 63. 1. 218. — Civ. cass., 4 mars 1885, S., 86. 1. 169, note de M. Lyon-Caen, D., 85. 1. 353 et note. — Trib. Seine, 20 déc. 1890, sous Paris, S., 96. 2. 37. — Paris, 5 juill. 1894, S., 96. 2. 210. — Req. rej., 12 avril 1897, S., 1900. 1. 356, D., 97. 1. 380. — Paris, 25 janv. 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 995. — Paris, 12 juin 1902, D., 1904. 2. 156. — Cpr. Laurent, *Dr. civ. intern.*, IV, n. 160; Ballot, *Rev. prat.*, 1864, XVII, p. 90.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 5; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 136, n. 2; Duranton, I, n. 151; Huc, I, n. 279; Fuzier-Herman, art. 14, n. 65 et 66. — Civ. rej., 1er juill. 1829, S., 29. 1. 326, D., 29. 1. 405.

même que l'obligation par eux contractée envers un Français n'aurait aucun rapport avec la mission dont ils sont investis [1]. Peu importe même à cet égard que l'agent soit de nationalité étrangère ou, ce qui sera de nature à arriver rarement, qu'il soit de nationalité française : le respect de l'indépendance de l'Etat représenté ne permet pas de tenir compte de la qualité personnelle du représentant [2].

Toutefois cette exception doit être elle même restreinte dans certaines limites, et on admet que ces agents peuvent être actionnés en France, non seulement en matière réelle immobilière, ce qui est étranger à l'art. 14, mais encore : 1° quand le Français forme une demande reconventionnelle en réponse à l'action qu'ils ont eux-mêmes intentée ; 2° quand il interjette appel de la décision qu'ils ont eux-mêmes obtenue d'une juridiction française ; et enfin 3° lorsqu'il leur réclame le paiement des frais d'une instance qu'ils ont introduite en France. Dans toutes ces hypothèses ils ont en effet spontanément accepté la compétence de la juridiction française [3].

Au surplus cette exception reste inapplicable aux agents consulaires qui ne jouissent pas des immunités diplomatiques [4].

(1) Décret du 13 ventôse an II. — Merlin, *Rép.*, v° *Ministre public*, sect. 5, § 4 ; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 141, n. 22 ; Fœlix, I, n. 211 s. ; Weiss, p. 738 s. ; Guichard, *Dr. civil*, n. 228 s. ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 87 s. ; Demangeat, *J. Clunet*, 1875, p. 89 ; Slatin, *eod. op.*, 1884, p. 329 s., 463 s. — Paris, 12 juill. 1867, S., 68. 2. 201, concl. de M. Descoutures, D., 67. 2. 121 et note. — Lyon, 11 déc. 1883, S., 84. 2. 80, D., 85. 2. 193, note de M. Glasson. — Trib. Seine, 8 mars 1886, *J. Clunet*, 1886, p. 592. — Cf. Crim. rej., 13 oct. 1865, S., 66. 1. 33, note de M. Dutruc, D., 66. 1. 233 et note. — *Contra :* dans le sens de la compétence des tribunaux français lorsque l'agent diplomatique a agi comme personne privée : Carnazza-Amari, *Tr. de dr. intern. public*, trad. Montanari-Revest, I, p. 226 ; Calvo, *Dr. intern. public*, I, p. 588 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, v° *Ministre public*, n. 4 et 5 ; Glasson, *loc. cit.* ; Surville et Arthuys, n. 398.

(2) Weiss, p. 739 ; P. Leroy, *Des consulats, lég. et ambassades*, p. 74 ; Demangeat, *J. Clunet*, 1875, p. 89. — Paris, 30 juin 1876, S., 77. 2. 17 et note.

(3) Cpr. Weiss, p. 740 et 741 ; Fœlix, I, n. 214 ; Villefort, *Rev. crit.*, 1858, XII, p. 131.

(4) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 23 ; Fœlix, I, n. 215 ; Weiss, p. 739 ; Bonfils, n. 427 et 429 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 93 s. ; P. Leroy, *op. cit.*, p. 135 s. — Paris, 2 mars 1868, S., 69. 2. 332. — Paris, 30 juin 1876, précité. — Paris, 8 janv. 1886, S., 87. 2. 13, D., 86. 2. 216 et note.

657. Le bénéfice de l'art. 14 peut-il être, d'autre part, invoqué contre un Etat étranger (1)? Cette difficulté procède de ce qu'on se demande si un Etat peut relever, même dans les limites du droit commun, d'autres juges que ceux qu'il a lui-même institués. En effet, si on résout cette question plus générale par la négative, à plus forte raison l'Etat étranger peut-il décliner, pour les contestations dans lesquelles il est engagé, la compétence exorbitante que l'art. 14 donne aux juridictions françaises, tandis que, si on se prononce pour l'affirmative, on doit logiquement admettre qu'il doit s'y soumettre comme un particulier, l'art. 14 ne contenant aucune distinction.

Il est certain que les tribunaux du lieu restent seuls compétents quant aux actions réelles, pétitoires ou possessoires, relatives à des choses immobilières ou même mobilières qui se trouvent sur le territoire du pays où ces actions sont introduites (2). Mais cette compétence dérive des principes généraux consacrés par l'art. 59-3e al. C. pr. Très vive, au contraire, est la controverse relativement à toutes les autres actions, qui sont celles qui rentrent dans le champ d'application de l'art. 14.

Une jurisprudence qui semble bien établie, et qui a l'approbation d'une forte partie de la doctrine, décide en France que l'incompétence de nos tribunaux quant à ces actions est absolue, quelle que soit la nature de l'intérêt en litige et en quelque qualité que l'Etat étranger plaide contre son adversaire (3). Une faible minorité tient, dans un sens tout opposé,

(1) Cf. Piot, *Des règles de compétence applicables aux Etats et aux souverains étrangers* (Thèse, Paris), 1887 ; de Paepe, *Etudes sur la comp. civ. à l'égard des Etats étrangers et de leurs agents*, Paris, 1894 ; Féraud-Giraud, *Etats et souverains devant les trib. étr.*, 1896 ; Ballot, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1847, XIV, p. 755 ; Spée, *J. Clunet*, 1876, p. 333 s. ; Audinet, *Rev. gén. de dr. intern. publ.*, 1895, II, p. 385 s.

(2) Despagnet, n. 179 ; Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 99 s. ; de Bar, *Rapp. à l'Inst. de dr. int.*, *Annuaire*, 1891, XI, p. 412 et 418. — Cpr. Lyon-Caen, *J. Clunet*, 1883, p. 67. — *Contra* : Cour suprême de Vienne, 3 janv. 1878, *J. Clunet, loc. cit.*

(3) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 141, n. 21 ; Demolombe, I, n. 251 *bis*; Beudant, I, n. 89 ; Fœlix, I, n. 212 ; Gerbaut, n. 167 s. ; Trochon, p. 168 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 76 s. ; Todros, *Rev. de lég.*, 1852, III, p. 370 ; Ballot, *op. cit.*, p. 755 s. ; Rolin-Jacquemyns, *Rev. de dr. intern.*, 1875, VII, p. 714 ; de Holtzendorff, *J. Clunet*, 1876, p. 431 ; de Cuvelier, *Rev. de dr. intern.*, 1888, XX, p. 109 s. ;

pour la compétence la plus large de ces tribunaux [1]. Mais, dans une opinion intermédiaire qui est de plus en plus en faveur parmi les représentants du droit international privé, on distingue suivant que le litige procède d'un acte qui se rattache à un service public ou que l'État a accompli comme puissance souveraine, ou, au contraire, d'un acte qu'il a fait en tant que personne morale ayant des intérêts privés semblables à ceux d'un simple particulier ou qui rentre dans une exploitation civile ou commerciale à laquelle il se livre : dans le premier cas seulement l'État étranger échappe à la juridiction française, dont il relève dans le second [2]. Et c'est à cette opinion, qui a été consacrée et développée dans le détail par l'Institut de droit international en 1891, dans sa session de Hambourg [3], que nous adhérons après une nouvelle étude de la difficulté.

Il s'en faut en effet que tous les motifs invoqués en faveur de la thèse absolue de l'incompétence des tribunaux territoriaux aient une égale valeur. C'est très gratuitement d'abord qu'elle se réclame de l'autorité traditionnelle de l'adage :

Gabba, *J. Clunet*, 1888, p. 180 s.; 1889, p. 538, et 1890, p. 26; Westlake, *Ann. de l'Inst. de dr. intern. privé*, 1891, XI, p 425 et 426. — Civ. cass., 22 janv. 1849, S., 49. 1. 81, note de M. Devilleneuve, D., 49. 1. 5 et note. — Paris, 23 août 1870, S., 71. 2. 6, D., 71. 2. 9. — Nancy, 31 août 1871, S., 71. 2. 129, D., 71. 2. 207. — Paris, 15 mars 1872, S., 72. 2. 68, D., 73. 2. 24. — Trib. Seine, 3 mars 1875, S., 77. 2. 25, note de M. L. Renault. — Paris, 26 février 1880, sous Cass., S., 89. 1. 459, D., 86. 1. 393 et note. — Civ. rej., 5 mai 1885, S., 86. 1. 353, note de M. Chavegrin, D., 85. 1. 341 et note. — Paris, 14 déc. 1893, S., 95. 2. 11, D., 94. 2. 421 et note. — Paris, 19 juin 1894, sous Cass., S., 96. 1. 225, note de M. Pillet.

[1] Despagnet, n. 179; Legat, *Code des étrangers*, p. 306; Demangeat sur Fœlix, I, p. 418, note *a*, et *Rev. prat.*, 1856, I, p. 394 s.; Bonfils, n. 57; Jozon, *Rev. de dr. intern.*, 1869, I, p. 273 s.

[2] Demangeat sur Fœlix, I, p. 418, note *a*; Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 38 s.; Weiss, p. 736 s.; Surville et Arthuys, n 398 *in fine*; Féraud-Giraud, *États et souverains devant les trib. étr.*, I, p. 101; Heffter, édit. Geffcken, *Dr. intern.*, trad. Bergson, § 53, VI, p. 124; Spée, *loc. cit.*, p. 333 s.; P. Fiore, *France judiciaire*, 1883 1884, I, p. 122 s.; Bar, *J. Clunet*, 1885, p. 646, et *Ann. de l'Inst. de dr. int.*, 1891, XI, p. 414; Hartmann, *Rev. de dr. int.*, 1890, XXII, p. 425 s.; et *Ann. de l'Inst. de dr. int.*, 1891, XI, p. 410 s.; Chavegrin, *Note*, S., 86. 1. 353; Desjardins, *J. Clunet*, 1893, p. 1031; Audinet, *Rev. gén. de dr. int. publ.*, 1895, II, p. 385 s.; Pillet, S., 96. 1. 225; Surville, *Rev. crit.*, 1896, XXV, p. 229 s. — Gand, 14 mars 1879, *J. Clunet*, 1881, p. 82, note de M. Renault. — Cass. Belgique, 11 juin 1903, S., 1904. 4. 16, D., 1903. 2. 401, *J. Clunet*, 1904, p. 417.

[3] Cf. *Ann. de l'Inst.*, 1891, XI, p 436 s.

« *Par in parem non habet jurisdictionem* », car cette autorité fut souvent méconnue par les anciens docteurs ou du moins conçue dans un sens plus ou moins restrictif. Non moins témérairement elle présume que le Français qui traite avec un gouvernement étranger consent par là même à se soumettre aux lois et aux juridictions de l'Etat que ce gouvernement représente et qu'il renonce par là au bénéfice de la compétence, ordinaire ou exceptionnelle, de ses propres tribunaux. D'une part, serait-ce sur ce fait qu'en pareille occasion la qualité de son adversaire éventuel doit lui faire tout particulièrement redouter la partialité des juges étrangers que cette singulière présomption est fondée ? Et, d'autre part, pourquoi la seule qualité de l'une des parties ferait-elle nécessairement exclure l'application des principes normaux du droit international d'après lesquels le fait, contractuel ou délictueux, qui donne lieu au litige doit être régi par la loi territoriale ? Puis, lorsqu'on dit que des tribunaux ne doivent pas juger les contestations pour lesquels ils seraient impuissants à faire exécuter leurs jugements, comme ce serait le cas s'ils les rendaient contre une puissance étrangère, on oublie qu'ils ne peuvent pas mettre non plus la contrainte publique au service des décisions qu'ils rendent contre l'Etat même dont ils relèvent, et que les particuliers qui les obtiennent ne doivent compter, eux aussi, en pareil cas, que sur la loyauté de leur puissant adversaire et la force morale du titre qu'ils ont fait reconnaître : pourquoi alors l'éventualité de l'absence de sanction de la sentence deviendrait-elle ici exceptionnellement une cause d'exclusion de la compétence elle-même ?

La vérité est que l'indépendance et la souveraineté d'un Etat seraient susceptibles d'être atteintes s'il relevait toujours, pour les procès qui s'élèvent entre lui et les tiers, des juridictions d'un autre pays. Mais encore convient-il de ne pas abuser de cette considération. Par le fait même que les Etats ne peuvent pas rester isolés, il n'y a plus aujourd'hui de souverainetés absolues : tout au contraire leurs souverainetés se limitent réciproquement comme les droits des individus. « Si l'Etat, ainsi qu'on l'a dit excellemment, veut avoir du commerce avec les autres Etats, s'il entre dans la

société des autres Etats civilisés, des restrictions de la souveraineté s'imposent, dictées par la nature des choses ou conséquences de la bonne foi que déjà les Romains regardaient comme fondement du commerce et des relations internationales. » C'est dire que la nature de certaines actions peut imposer aux Etats la compétence d'une juridiction étrangère. Aussi bien s'y soumettent-ils parfois spontanément, et cette renonciation au droit de se prévaloir des soi-disant prérogatives de leur souveraineté est-elle déclarée valable même par ceux qui la réputent absolue, alors que, si elle était vraiment telle, il ne pourrait pas dépendre d'eux d'en abdiquer une seule parcelle sans, par là même, la compromettre.

Pour concilier les exigences de la souveraineté des Etats, dans ce qu'elles ont de réellement légitime, avec les principes rationnels du droit, il faut donc distinguer entre les actes qui émanent vraiment de cette souveraineté et qui sont des actes de puissance publique, et ceux qui ont plutôt un caractère privé et auxquels les Etats se livrent comme s'y livreraient de simples particuliers, pour réserver la connaissance exclusive des premiers aux juridictions des Etats qui y ont procédé, et attribuer compétence, quant aux seconds, aux juges étrangers, si du moins le droit commun l'exige ou que le droit exceptionnel de l'art. 14 y autorise. C'est ainsi notamment, selon nous, que, en conformité de cette distinction, les tribunaux français ne sauraient être saisis d'une contestation relative à un marché de fournitures conclu par un particulier avec une puissance étrangère ou d'une demande en indemnité fondée sur les actes d'arbitraire dont un Français aurait été victime de la part d'un gouvernement étranger, ou même d'une action en paiement des intérêts ou du capital d'un emprunt public que ce gouvernement aurait émis, parce que, même dans ce dernier cas, c'est dans un intérêt public et pour assurer la marche de ses services que l'Etat a agi, et par conséquent dans la plénitude de sa souveraineté. Ils pourraient, au contraire, valablement connaître, à notre avis, d'une difficulté relative à une vente civile ou commerciale que l'Etat aurait faite, ou à une exploitation uniquement commerciale à laquelle il se livrerait, ou à une succession qu'il aurait recueil-

lie dans notre pays parce que dans toutes ces circonstances sa souveraineté ne serait nullement en cause.

Ainsi motivé, ce système se défend très bien contre toutes les objections de ceux qui accordent indistinctement compétence dans tous les cas aux juges français. Il est bien vrai, comme l'observent les partisans de cette opinion et comme nous l'avions dit nous-mêmes, que les finances d'un Etat ne se ressentent pas plus de la condamnation que ces juges prononceraient contre lui que de celle qui émanerait de ses propres tribunaux, et qu'en tout cas la gêne qui pourrait en résulter pour elles ne serait que la conséquence des engagements qu'il aurait pris. Et il est pareillement vrai que les juges appelés à connaître de la demande seraient tenus dans tous les cas de se conformer aux règles de l'administration et de la comptabilité de cet Etat, pour apprécier si ses fonctionnaires l'ont engagé dans les limites de leurs pouvoirs. Mais ce n'est pas pour sauvegarder la gestion financière de chaque puissance et le respect de son organisation fiscale que nous écartons la compétence des juridictions étrangères : c'est par ce motif supérieur que celles-ci ne sauraient connaître des actes de puissance publique d'une souveraineté qui n'est pas celle à laquelle ils doivent leur investiture, pas plus que, dans le pays même, les juridictions autres que celles qu'il a spécialement instituées à cet effet ne sauraient en être régulièrement saisies. Et inutilement objecte-t-on ensuite que, si cette souveraineté est compatible avec la compétence des juges territoriaux en matière réelle immobilière ou même mobilière, on ne voit pas pourquoi elle ne le resterait pas tout autant en matière personnelle : car, dans le premier cas, c'est la souveraineté locale qui doit naturellement passer avant toute autre, et elle ne peut pas tolérer qu'un litige relatif à un bien qui est situé sur son territoire soit tranché ailleurs, tandis que, dans le second, cette souveraineté étant hors de cause, rien ne l'empêche d'accorder satisfaction aux exigences de l'indépendance des Etats étrangers dans ce qu'elles ont de réel.

657 *bis*. Comme d'ailleurs chaque puissance est juge de ce qu'exige le respect de sa souveraineté en chaque circonstance,

on doit admettre qu'il lui est loisible, à moins que ses propres lois ne le lui interdisent, d'accepter la compétence des juges d'un pays étranger, que cette renonciation à opposer leur incompétence peut être faite, soit par anticipation, soit seulement lorsque naît le litige, et qu'elle peut être dans l'un et l'autre cas expresse ou tacite. C'est ainsi que cette renonciation pourrait faire l'objet d'une clause expresse de la convention à laquelle l'Etat étranger a participé, et qu'elle résulterait implicitement, soit de ce qu'il n'aurait pas soulevé devant le tribunal saisi le déclinatoire d'incompétence, soit de ce que, s'il était demandeur, il a porté lui-même son action devant ce tribunal, dont il reconnaît ainsi la compétence, même quant à la condamnation aux frais du procès et quant à une demande reconventionnelle qui résulterait de la même affaire, soit enfin de ce qu'il aurait expressément et spécialement affecté à la garantie d'une obligation des choses qui se trouvent sur le territoire d'un autre pays, auquel cas ses créanciers pourraient procéder valablement à des actes de poursuite et d'exécution sur ces biens [1]. En dehors de ces cas, l'incompétence des tribunaux locaux entraînerait logiquement l'impossibilité d'effectuer des actes de cette nature [2], et il appartiendrait même à un Etat, qui consentirait à ne pas se prévaloir de cette incompétence, de faire au contraire les plus expresses réserves quant aux actes d'exécution, en restreignant ainsi les effets naturels de sa renonciation.

Enfin il doit être aussi entendu qu'il dépendrait du Fran-

(1) Despagnet, n. 179; Féraud-Giraud, *op. cit.*, I, p. 219 s.; Surville, *loc. cit.*, p. 232; de Bar, *Rapport*, p. 412 et 419. — Trib. Seine, 19 avril 1888, *J. Clunet*, 1888, p. 671. — Paris, 14 déc. 1893, S., 95. 2. 11.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 141, n. 21; Demolombe, I, n. 251 *bis*; Fœlix, I, n. 212; Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 40 et 51; Gerbaut, n. 167; Chauveau sur Carré, quest. 1923 *bis*, et Dutruc, *Suppl.*, v° *Saisie-arrêt*, n. 25; de Bar, *Rapp.*, p. 412 et 424 s. — Paris, 7 janv. 1825, S., 49. 1. 81, en note. — Trib. Le Havre, 25 mai 1827, Trib. Seine, 2 mai 1828 et 11 juill. 1840, S., 49. 1. 83, en note. — Paris, 12 janv. 1856, *Gaz. des Trib.*, 13 janv. — Trib. Seine, 2 déc. 1875, *Le Droit*, 3 déc. — Civ. rej., 5 mai 1885, précité. — *Contra :* Demangeat sur Fœlix, I, p. 212, note; Bonfils, n. 57; Trochon, p. 164 s.; Legat, *loc. cit.*; Spée, *J. Clunet*, 1876, p. 329. — Pau, 6 mai 1845, sous Civ. cass., 22 janv. 1849, précité. — Cpr. Despagnet, *loc. cit.*; Rolin-Jacquemyns, *loc. cit.*, p. 714; de Holtzendorff, *loc. cit.*; de Bar, *J. Clunet*, 1885, p. 648.

çais, par application de la règle qui sera posée plus loin, de renoncer au bénéfice de la compétence de nos propres tribunaux, dans les cas même où elle s'imposerait à l'Etat étranger, et que cette renonciation résulterait nécessairement, par exemple, des dispositions des lois de cet Etat qui réserveraient absolument à une juridiction nationale la connaissance des contestations qui s'élèveraient entre lui et ceux avec qui il traite (1).

658. La question qui vient d'être examinée s'est également posée au sujet des engagements des souverains ou Chefs d'Etat étrangers. Leur personnalité est susceptible de se dédoubler exactement comme celle des Etats qu'ils représentent : aussi cette difficulté doit être résolue logiquement dans le même sens que la précédente. Dès lors, ou bien le souverain ou Chef d'Etat a agi comme tel, c'est-à-dire comme représentant de l'Etat qu'il incarne et de la puissance publique, et alors il ne saurait être assigné en France à raison des engagements qu'il a contractés en cette qualité ; ou bien il a agi comme personne privée, ou même comme agent de l'Etat considéré en tant que simple personne civile, et il devient alors justiciable, comme un particulier, de nos tribunaux (2). On comprendrait toutefois que, comme l'a demandé l'Institut de droit international, un Chef d'Etat ne fût, à raison de sa haute situation et en vertu du privilège de l'exterritorialité, justiciable des juridictions étrangères que tout autant que la nature même de l'action l'exigerait impérieusement ainsi (3).

(1) Cf. *infra*, n. 659 s.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 21 ; Laurent, *Dr. civ. intern.*, III, n. 41 s. ; Surville et Arthuys, n. 398 ; Trochon, p. 168 ; Féraud Giraud, *op. cit.*, I, p. 72, 158 et 205 s. ; Piot, *loc. cit.* ; de Paepe, *op. cit.*, p. 10, 45, 61 et 87 ; Piétri, *De la fiction d'exterritorialité* (thèse, Paris), 1895, n. 872 ; Fuzier-Herman, art. 14, n. 77 et 82 s. ; Spée, *J. Clunet*, 1876, p. 328 et 435 ; Chavegrin, S., 86. 1. 353 ; Desjardins, *J. Clunet*, 1893, p. 1031 ; Audinet, *loc. cit.*, p. 395 ; Surville, *Rev. crit.*, 1896, XXV, p. 229. — Paris, 15 mars et 3 juin 1872, S., 72. 2. 68 et 293, D., 72. 2. 124, et 73. 2. 24. — Paris, 14 déc. 1893, S., 95. 2. 11. — Civ. rej., 21 janv. 1896, S., 96. 1. 221, D., 97. 1. 305, concl. de M. Desjardins, note de M. Valéry. — Cpr. dans le sens de l'incompétence absolue : Gabba, *J. Clunet*, 1888, p. 180 s. ; 1889, p. 538, et 1890, p. 26 ; de Cuvelier, *Rev. de dr. intern.*, 1888, XX, p. 119 s. — Trib. civ. Bruxelles, 3 nov. 1870, *eod. loc.*, 1872, IV, p. 153. — Cf. Despagnet, n. 179.

(3) Rapp. de M. de Bar, *Ann. de l'Inst.*, *loc. cit.*, p. 422 et 423.

4° Dans quels cas l'art. 14 cesse d'être applicable (1).

659. L'art. 14 n'a certainement pas le caractère d'une disposition d'ordre public. Comment ne serait-il pas permis au Français de renoncer au bénéfice de cette compétence exceptionnelle, alors qu'il peut disposer de sa créance elle-même (2)?

660. Sa renonciation, du reste, est susceptible d'intervenir, soit lors de la naissance de l'obligation, soit après qu'elle est née, et elle peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse notamment (3) lorsque l'étranger stipule que les juges de son pays connaîtront seuls des contestations à naître du contrat intervenu entre lui et le Français (4). Pareille renonciation est contenue dans le fait par un Français de devenir membre d'une société étrangère dont les statuts réservent au juge du siège social la connaissance de toutes les contestations relatives à la société (5). Il en serait de même, d'après la jurisprudence la plus récente, si les statuts de cette société renfermaient une clause compromissoire, qui fût valable d'après la loi étrangère et qui remît à des arbitres étrangers le jugement des difficultés qui s'élèveront entre associés (6).

(1) Des conventions diplomatiques en ont parfois écarté l'application : cf. Aubry et Rau, I, § 748 *bis*, p. 141, n. 24; Huc, I, n. 281; Despagnet, n. 181; Weiss, p. 741; Surville et Arthuys, n. 399; Fuzier-Herman, art. 14, n. 31 s.; M. Bernard, *J. Clunet*, 1900, p. 940, et 1901, p. 324; C. Renard, *Lois nouvelles*, 1900, p. 293; C. Laurent, *J. Clunet*, 1901, p. 500.

(2) Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 142, n. 25; Demolombe, I, n. 251; Demante, I, n. 45 *bis*-II; Fœlix, I, n. 181; Weiss, p. 750; Despagnet, n. 178; Surville et Arthuys, n. 398; Bonfils, n. 83; Gerbaut, n. 209; Fuzier-Herman, art. 14, n. 110; Lyon-Caen, S., 77. 2. 313. — Req. rej., 28 fév. 1877, S., 77. 1. 260, D., 77. 1. 474. — Req. rej., 9 déc. 1878, S., 79. 1. 481, D., 79. 1. 176. — Paris, 2 mars 1892, S., 96. 2. 37. — Req. rej., 1er juill. 1896, S., 1900. 1. 355, D., 97. 1. 12. — Req. rej., 13 janv. 1897, *J. Clunet*, 1897, p. 1014. — Req. rej., 12 avril 1897, S., 1900. 1. 356, D., 97. 1. 380, et les arrêts cités aux notes suivantes. — Trib. Seine, 26 nov. 1901, *J. Clunet*, 1903, p. 601. — Trib. comm. Seine, 19 août 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 898. — *Contra :* Boncenne, III, p. 224.

(3) Cf. encore Civ. cass., 29 fév. 1888, S., 89. 1. 150, D., 88. 1. 483. — Civ. cass., 13 mars 1889, S., 89. 1. 200, D., 89. 1. 420.

(4) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 26; Weiss, *loc. cit.;* Despagnet, n. 178; Fuzier-Herman, art. 14, n. 114 s.

(5) Civ. cass., 24 août 1869, S., 70. 1. 201, D., 69. 1. 500. — Paris, 7 déc. 1893, D., 95. 2. 45.

(6) Despagnet, n. 178. — Paris, 11 janv. 1865, S., 66. 2. 147, D., 65. 2. 188. —

661. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les faits et circonstances d'où l'on prétend faire résulter la renonciation tacite [1], et la doctrine ne saurait poser aucune règle absolue à cet égard. Ainsi on s'est posé la question de savoir si le Français, qui a déjà formé sa demande devant une juridiction étrangère, peut en saisir ensuite le tribunal français conformément à l'art. 14. Cette question ne peut être résolue en thèse; mais le plus souvent elle comportera une réponse négative. Ce n'est pas que, l'instance fût-elle liée à l'étranger ou même déjà close par une décision judiciaire passée en force de chose jugée, l'étranger puisse, pour faire écarter la demande nouvelle, exciper de la litispendance, qui suppose saisis en même temps deux tribunaux français, ou de l'autorité de la chose jugée, admît-on l'universalité de celle-ci [2]. Ce qu'il faut uniquement rechercher ici, ce n'est pas si une instance est actuellement pendante devant une juridiction étrangère ou déjà terminée par un jugement, mais bien si le fait par le Français d'avoir saisi cette juridiction implique de sa part une renonciation au bénéfice de l'art. 14. Or dans la plupart des cas c'est en ce sens que ce fait devra être interprété; car on ne peut pas raisonnablement supposer que le Français ait porté sa réclamation devant la justice étrangère, avec l'idée secrète que, s'il succombait, il la ferait valoir à nouveau devant les juges de son propre pays. En tout cas un pareil calcul serait inadmissible. Mais il faudrait écarter, au contraire, la supposition d'une renonciation, si les circonstances dans lesquelles le Français a engagé l'ins-

Chambéry, 1er déc. 1866, S., 67. 2. 182, D., 66. 2. 246. — Paris, 9 mars 1887, S., 90. 2. 197, D., 88. 2. 49, note de M. Cohendy. — *Contra :* Paris, 8 nov. 1865, S., 66. 2. 117, D., 67. 2. 21. — Aix, 19 déc. 1885, *Rev. intern. de dr. mar.*, 1885-86, p. 494. — Paris, 2 mars 1892, précité. — Cpr. Chausse, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 676.

(1) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 27; Huc, I, n. 280; Beudant, I, n. 91; Weiss, p. 751. — Req. rej., 13 fév. 1882, S., 82. 1. 341, D., 82. 1. 129. — Req. rej., 16 mars 1885, S., 85. 1. 313, D., 86. 1. 103. — Pau, 13 janv. 1896, S., 98. 2. 14. — Req. rej., 1er juill. 1896, précité. — Orléans, 18 nov. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 326. — Req. rej., 13 janv. 1897, précité. — Req. rej., 12 avril 1897, précité.

(2) Req. rej., 11 déc. 1860, S., 61. 1. 331, D., 61. 1. 166. — Req. rej., 6 fév. 1878, S., 80. 1. 79. — Paris, 20 mars 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 402. — Orléans, 18 nov. 1896, précité.

tance à l'étranger expliquaient et justifiaient son choix par elles-mêmes : par exemple, si l'étranger poursuivi dans son pays ne possédait en France aucun bien sur lequel la condamnation pût être exécutée, et qu'il en fût tout différemment à l'époque où il est actionné devant les tribunaux de France (1).

662. Cette renonciation du Français au bénéfice de l'art. 14, l'étranger poursuivi devant les juges de France la fera valoir par une exception d'incompétence. L'incompétence, résultant de ce que, par hypothèse, l'étranger n'a pas son domicile en France, est *ratione personæ*. Elle doit donc être opposée *in limine litis* par le défendeur, et elle ne peut l'être que par lui : le juge ne saurait suppléer à son silence (2).

5° Du tribunal compétent dans le cas de l'art. 14.

663. L'art. 14 ne dit pas devant quel tribunal français l'étranger doit être traduit : quel est ce tribunal ?

Si l'on se trouve dans une des hypothèses spéciales prévues par l'art. 59 du code de procédure, il y a lieu d'appliquer, quand on le peut, les règles de compétence qu'il établit. Ainsi l'étranger qui réside en France sera assigné devant le tribunal du lieu de sa résidence (art. 59-1er al. C. pr.). S'il est poursuivi comme membre d'une société dont le siège est en France, le tribunal compétent sera celui du lieu du

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 14, n. 1 : Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 27; Demolombe, I, n. 251 ; Weiss, p. 751 s. ; Surville et Arthuys, p. 439, note 3; Fuzier-Herman, art. 14, n. 112 et 119 s. ; Chausse, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 675. — Req. rej., 23 mars 1859, S., 59. 1. 289, note de M. Massé, D., 59. 1. 265. — Lyon, 1er juin 1872, S., 72. 2. 174, D., 73. 5. 242. — Req. rej., 9 déc. 1878, S., 79. 1. 401, D., 79. 1. 176. — Req. rej., 13 fév. 1882, S., 82. 1. 341, D., 82. 1. 129. — Paris, 9 juill. 1884, *J. Clunet*, 1884, p. 626. — Paris, 26 janv. 1891, *J. Clunet*, 1897, p. 326. — Paris, 17 juin 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 521. — Req. rej., 1er juill. 1896, D., 97. 1. 12, *J. Clunet*, 1896, p. 840. — Orléans, 18 nov. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 326. — Trib. comm. Seine, 19 août 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 898. — *Contra :* dans le sens de la renonciation nécessaire, Huc, I, n. 289; Fœlix, I, n. 281; Despagnet, n. 178; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 174. — Req. rej., 24 fév. 1846, S., 46. 1. 474, rapp. de M. Lasagni, D., 46. 1. 153; dans le sens du défaut nécessaire de renonciation, Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, III, p. 224 s. — Paris, 22 juin 1843, S., 43. 2. 346, D., 45. 1. 77. — Cpr. Fuzier-Herman, art. 14, n. 27 s., 59 s.

(2) Weiss, p. 753; Despagnet, n. 178; Gerbaut, n. 224. — Paris, 8 nov. 1865, S., 66. 2. 117, D., 67. 2. 21. — Paris, 17 juin 1896, *Gaz. des Trib.*, 10 janv. 1897.

siège social (art. 59, al. 5 C. pr.) (1). De même, en matière commerciale c'est l'art. 420 C. pr. qui déterminera, le cas échéant, le tribunal français compétent (2).

664. En dehors de ces cas la question devient délicate. Beaucoup d'auteurs appliquent par analogie l'art. 420 C. pr., ce qui conduit à déclarer compétent, même en matière civile, soit le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Dans les cas où l'application de l'art. 420 C. pr. serait impossible, l'obligation ayant été contractée en pays étranger et ne devant pas être exécutée en France dans un lieu déterminé, ce serait, d'après eux, le tribunal du domicile ou, à défaut, de la résidence du demandeur qui serait compétent, comme dans notre ancien droit, la règle *actor sequitur forum rei* se trouvant ainsi renversée ; et cela parce que, expliquent-ils, il a dû être dans le vœu de la loi que l'un des plaideurs au moins reçût justice en un lieu rapproché de son domicile (3). — Mais on a fait observer avec raison que l'art. 420 C. pr. n'est

(1) Demolombe, I, n. 252; Weiss, p. 747 et 718; Surville et Arthuys, n. 398; Fuzier-Herman, art. 14, n. 96 s. — Civ. cass., 26 janv. 1836, S., 36. 1. 217, D., 37. 1. 100. — Civ. rej., 9 mars 1863, S., 63. 1. 225, D., 63. 1. 176. — Civ. cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169, note de M. Lyon-Caen, D., 85. 1. 353 et note. — Rennes, 20 fév. 1888, *J. Clunet,* 1888, p. 512. — Paris, 16 juin 1902, *J. Clunet,* 1902, p. 1028. — Cpr. Paris, 22 mars 1899, sous Req. rej., 31 oct. 1900, D., 1901. 1. 132, *J. Clunet,* 1901, p. 531.

(2) Bordeaux, 20 janv. 1891, et Rennes, 3 juill. 1894, S., 96. 2. 209, D., 91. 2. 265, note de M. de Boeck, *J. Clunet,* 1903, p. 326. — Trib. comm. Nantes, 4 sept 1897, *J. Clunet,* 1898, p. 894. — Aix, 19 oct. 1900, *J. Clunet,* 1901, p. 770. — Trib. comm. Marseille, 10 nov. 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 671.

(3) Beudant, I, n. 91; Despagnet, n. 180; Weiss, p. 749; Surville et Arthuys, n. 398; Demangeat sur Fœlix, I, p. 351, note *a;* Bonfils, n. 297; Gerbaut, n. 199; Pardessus, *Dr. commerc.,* V, n. 1478; Massé, *Dr. commerc.,* I, n. 710; Fuzier-Herman, art. 14, n. 100; Renault, S., 77. 1. 97. — Civ. rej., 9 mars 1863, précité. — Civ. cass., 4 mars 1885, précité. — Aix, 28 fév. 1889, D., 90. 2. 59. — Aix, 14 déc. 1891, sous Cass., S., 95. 1. 449, note de M. Pillet, D., 94. 1. 11. — Bordeaux, 20 janv. 1891 et Rennes, 3 juill. 1894, précités, et note. — Trib. comm. Seine, 4 oct. 1899, *J. Clunet,* 1901, p. 132. — Trib. comm. Seine, 19 août 1903, *J. Clunet,* 1904, p. 898. — Cpr. Toullier, I, n. 265 ; Carré, *Lois de l'organ. jud.,* III, p. 295, quest. 123; *J. Clunet,* 1901, p. 97. — Colmar, 30 avril 1863, S., 63. 2. 125, D., 63. 2. 172. — Trib. comm. Nantes, 4 sept. 1897, précité. — Aix, 19 oct. 1900, et Trib. comm. Marseille, 10 nov. 1903, précités.

applicable qu'en matière commerciale, et que l'attribution de compétence au tribunal du domicile du demandeur est complètement arbitraire. En définitive, il n'y a pas de loi. Alors pourquoi ne pas décider que le demandeur a le choix du tribunal, sous la seule condition, bien entendu, conformément à la règle *malitiis non est indulgendum*, de ne pas faire un choix qui aurait pour but unique de vexer le défendeur ou de l'exposer à des frais frustratoires [1]?

2e HYPOTHÈSE. — *Etranger demandeur contre un Français* [2].

1° Règles de compétence (art. 15) [3].

665. « *Un Français*, dit l'art. 15, *pourra être traduit devant un tribunal de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.* »

On a souvent répété que cette disposition n'était que la consécration du droit commun en matière de compétence, puisqu'elle renvoie le Français devant les juges de son pays, « ses juges naturels » [4]. Cette affirmation ne serait complètement vraie que si un Français devait être obligatoirement domicilié en France. Or il peut l'être à l'étranger, et dans ce cas, loin d'être une application des règles ordinaires de compétence, l'art. 15 y déroge, puisque le Français peut être alors assigné devant d'autres juges que ceux de son domicile.

666. Quel a été le motif de cette dérogation? Toujours dans la pensée que la justice française serait plus impartiale, la loi a voulu que nos nationaux pussent bénéficier de la compétence des juges de leur pays aussi bien comme défendeurs que comme demandeurs. Sous ce premier rapport l'art. 15 a été écrit dans leur intérêt. Mais, d'un autre côté, il semble bien aussi qu'il soit pour l'étranger une sorte de compensation à l'art. 14 : si, comme défendeur, il est justiciable des tribunaux

(1) Demolombe, I, n. 252; Laurent, I, 436; Huc, I, n. 282; Fœlix, I, n. 171; Legat, p. 313 ; Guichard, n. 276 et 277. — Gand, 1er fév. 1849, *Pasicr.*, 49. 2. 61. — Cf. Douai, 2 août 1854, S., 54. 2. 700, D., 54. 2. 4.

(2) Fœlix, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1840, VII, p. 773.

(3) L'application de l'art. 15 a été parfois écartée, dans certaines hypothèses, par des conventions diplomatiques : cf. Weiss, p. 756.

(4) Demolombe, I, n. 253 ; Demante, I, n. 45 *bis*, III.

français, en revanche il y a aussi accès comme demandeur, ce qui lui épargne les frais et les lenteurs de la procédure d'exéquatur par laquelle il devrait nécessairement passer s'il ne pouvait directement assigner son débiteur en France. Si tel est le fondement complexe de notre disposition, il en résulte qu'elle a été édictée à la fois dans l'intérêt des deux parties (1).

667. Il en résulte encore que le domaine d'application des deux art. **14** et **15** doit être identiquement le même; et c'est ce que confirme aussi la comparaison des deux textes (2).

668. Pareillement les personnes admises à se prévaloir de l'art. **15**, comme demanderesses, sont celles contre lesquelles l'art. **14** pourrait être invoqué, c'est-à-dire toutes les personnes étrangères, physiques ou civiles, pourvu, bien entendu, que ces dernières soient reconnues en France (3).

Inversement l'art. **15** peut être opposé à tous ceux qui sont admis à bénéficier de l'art. **14** (4), c'est-à-dire à toutes les personnes ayant la nationalité française au moment où l'action est intentée (5), de quelque façon qu'elles soient devenues les obligées de l'étranger demandeur (6), et à toutes celles qui sont assimilées aux précédentes, soit en vertu de l'art. **11**, soit en vertu de l'art. **13** (7).

Mais, des termes de l'art. **15**, d'après lesquels un Français peut être traduit devant un tribunal de France pour les obli-

(1) Weiss, p. 753 et 754. — Cpr. Despagnet, n. 175.

(2) Weiss, p. 754; Despagnet, *loc. cit.;* Gerbaut, n. 33 s. — Civ. cass., 3 juillet 1865, S., 65. 1. 441, D., 65. 1. 347. — Req. rej., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305, note de M. L. Renault, D., 77. 1. 289.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 143, n. 28; Weiss, p. 754 et 170; Surville et Arthuys, n. 403; Fuzier-Herman, art. 15, n. 1 s. — Req. rej., 1er août 1860, S., 60. 1. 865, D., 60. 1. 444. — Paris, 5 fév. 1885 et 29 juill. 1887, *Rev. des sociétés*, 1888, p. 21.

(4) Cpr. Despagnet, n. 175.

(5) Civ. cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 449, concl. de M. Desjardins et note de M. Meynial, D., 91. 1. 113. — Orléans, 16 mars 1892, S., 93. 2. 105, D., 92. 2. 190. — Paris, 14 mars 1895, D., 95. 2. 231.

(6) Pau, 14 fév. 1882, S., 84. 2. 129.

(7) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 29 et 30; Huc, I, n. 283; Weiss, p. 754; Surville et Arthuys, n. 403; Gerbaut, n. 27 s.; Fuzier-Herman, art. 15, n. 6 s. — Civ. rej., 23 juill. 1855, S., 56. 1. 148, D., 55. 1. 353. — Req. rej., 16 janv. 1867, S., 67. 1. 159, D., 67. 1. 308.

gations par lui contractées en pays étranger « même avec un étranger », il résulte encore qu'il peut être opposé même par un Français à un autre Français domicilié à l'étranger [1]. Et cette solution ne peut s'expliquer alors que par le désir d'assurer toujours aux Français le bénéfice de la compétence de leurs juridictions nationales.

669. Pas plus que l'art. 14, l'art. 15 n'a le caractère d'une disposition d'ordre public : les parties peuvent donc renoncer à son application, mais elles doivent y renoncer toutes deux, si cette compétence spéciale est établie dans leur commun intérêt [2]. Cette renonciation peut d'ailleurs être expresse ou tacite, et dans ce dernier cas elle s'induit de tous les faits et circonstances de la cause, souverainement appréciés par le juge. Ainsi elle peut, pour l'étranger, résulter du fait par lui d'avoir porté son action devant les tribunaux de son pays [3], et, pour le Français, du fait d'avoir répondu à cette assignation sans avoir opposé l'exception d'incompétence [4].

670. Enfin, comme dans le cas de l'art. 14 et sous les mêmes réserves, l'étranger demandeur a, dans le silence de la loi, le choix du tribunal français devant lequel il doit agir, à moins que les dispositions des art. 59 et 420 C. pr. ne soient naturellement applicables, auquel cas il doit nécessairement s'y conformer [5]. Si donc le Français n'a ni domicile, ni résidence en France, et qu'on ne se trouve pas non plus dans une des hypothèses spéciales prévues par les articles précités, le

[1] Surville et Arthuys, p. 450, note 2. — Trib. Genève, 6 juin 1895, S., 97. 4. 20. — Trib. Perpignan, 2 juin 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 128. — Bourges, 19 janv. 1899, S., 1903. 2. 137, D., 1902. 2. 57, note de M. Bartin. — Cpr. Trib. Rodez, 13 août 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 365.

[2] Weiss, p. 755; Surville et Arthuys, n. 403 *in fine*; Bonfils, n. 115; Gerbaut, n. 104 s.; Lyon-Caen, S., 77. 2. 313, note 2. — Trib. Perpignan, 2 juin 1899, précité, et les arrêts cités aux notes suivantes.

[3] Huc, I, n. 283; Weiss, *loc. cit.* — Cf. Chausse, *Rev. crit.*, 1887, XVI, p. 289. — Trib. Corbeil, 30 nov. 1888, *La Loi*, 15 déc.

[4] Huc, I, n. 283; Despagnet, n. 175; Weiss, *loc. cit.* — Civ. cass., 13 août 1879, S., 81. 1. 225, D., 80. 1. 85. — Paris, 17 fév. 1888, D., 90. 2. 5. — Req. rej., 13 mars 1889, *Le Droit*, 24 mars. — Cpr. Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 343.

[5] Despagnet, n. 175; Weiss, p. 754 et 755. — Paris, 28 janv. 1885, *J. Clunet*, 1885, p. 139. — Cpr. Req. ann., 11 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 106. — Cpr. Angers, 16 juin 1899, sous Req. rej., 22 mai 1900, S., 1903. 1. 21. — Req. rej., 26 déc. 1899, S., 1901. 1. 30.

demandeur peut saisir de son action tel tribunal qu'il lui plaît, à la condition que son choix ne soit pas purement dicté par l'intention de nuire à son adversaire.

2° De la caution *judicatum solvi* (art. 16) [1].

671. Contre l'étranger qui plaide en France comme demandeur la loi a pris certaines garanties. Elle le considère comme sujet à caution, et craint qu'il ne se joue du Français qu'il attaque. Peut-être le procès qu'il intente n'est-il pas sérieux, peut-être même agit-il uniquement dans un but de tracasserie et de vexation. En pareil cas il sera sans doute débouté de sa demande et condamné à payer tous les frais de l'instance, et même par surcroît, s'il y a lieu, des dommages-intérêts d' « indue vexation ». Mais, comme il pourrait dépendre de l'étranger de rendre ces condamnations illusoires en mettant la frontière entre lui et le défendeur, la loi, pour en garantir l'exécution éventuelle, l'oblige à fournir, si ce dernier le requiert, une caution, la caution *judicatum solvi*.

672. L'idée et le nom de cette caution ont été empruntés au droit romain. Mais cette garantie, qui pouvait être exigée, du moins à l'époque classique, de tout défendeur à l'action *in rem*, lorsqu'elle était intentée *per formulam arbitrariam*, et dans les actions personnelles, soit parfois même du défendeur plaidant pour son compte, soit, suivant certaines distinctions, du défendeur qui plaidait *alieno nomine* ou de celui au nom duquel il agissait, ces personnes fussent-elles romaines [2], changea complètement de nature et d'objet dans notre ancienne jurisprudence. Elle ne fut plus exigée des citoyens, et ne put l'être de l'étranger lui-même que lorsqu'il était demandeur, « pour servir de sûreté à celui qu'il appelle en jugement, qui ne pourrait poursuivre cet étranger qui se retirerait hors le royaume, s'il venait à être condamné » [3].

[1] Mayer, *De la caution imposée à l'étr. demandeur* (thèse, Paris), 1890; Joccotton, De la caution *jud. solvi*, *Rev. de lég. et de jurispr.*, 1852, XLIII, p. 179; de la Grasserie, *J. Clunet*, 1898, p. 842 s.

[2] Gaius, IV, 89, 101 et 102; Justinien, pr. et § 1, *Instit.*, *De satisd.*, IV, 11. — Cf. Accarias, *Dr. rom.*, II, n. 937; Girard, *Dr. rom.*, 2e éd., p. 331 et 996 s.

[3] Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n. 49. — Cf. Demangeat, *Hist. de la cond. des étr.*, p. 137 s.

Les auteurs modernes reconnaissent en général que cette mesure de défiance est le plus souvent excessive et qu'elle devrait, sinon disparaître de notre droit, tout au moins être adoucie, suivant l'exemple que nous ont donné plusieurs législations [1]. Mais on va voir que tout au contraire elle vient d'être aggravée par la nôtre.

673. La caution *judicatum solvi* est l'objet de la disposition de l'art. 16 C. civ. et des art. 166 et 167 C. pr., qu'il convient de rapprocher, pour en avoir l'idée complète.

L'art. 16, tel qu'il a été modifié par la loi du 5 mars 1895, est ainsi conçu : « *En toutes matières, l'étranger qui sera* » *demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner* » *caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts* » *résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des* » *immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paie-* » *ment.* »

On recherchera successivement : 1° par qui et en quelles matières cette caution est due ; 2° qui peut la demander et comment ; 3° comment elle doit être fournie et quelles sont les obligations de la caution.

1° *Par qui et en quelles matières cette caution est due.*

674. Cette caution est due par tout étranger demandeur (art. 16 C. civ. et 166 C. pr.). Elle ne l'est donc qu'à deux conditions.

675. Première condition : il faut que le demandeur soit étranger.

Toute personne, physique ou morale [2], qui, agissant comme demandeur devant un tribunal français, a la qualité d'étrangère à cette époque, quelle qu'ait été sa nationalité antérieurement, et de quelque façon que soit né son droit, est donc soumise à l'obligation de fournir caution. Seuls, en

[1] Cf. la résolution votée en 1877 par l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut*, 1878, II, p. 44 ; Asser, *Rev. de dr. intern.*, 1875, VII, p. 374. — Beaucoup de conventions diplomatiques dispensent d'ailleurs les étrangers de fournir cette caution : cf. Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 130, n. 17-19 ; Huc, I, n. 286 ; Despagnet, n. 176 ; Weiss, p. 768 et 769 ; Surville et Arthuys, n. 405 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 13 s.

[2] Weiss, p. 751 et 762 ; Gerbaut, n. 51. — Paris, 27 juil. 1875, D., 77. 2. 118.

l'absence d'un traité, les Français, même établis à l'étranger, même cessionnaires d'un étranger (1), et les personnes qui leur sont assimilées en vertu des art. 11 et 13, y échappent (2). Mais du moins ces dernières doivent être, comme les Français, soustraites à cette obligation, car, comme ce n'est que par une mesure de défiance particulière que les étrangers y sont soumis, il ne faut pas voir dans le fait d'en être affranchi un privilège uniquement réservé aux nationaux (3).

La qualité de l'étranger, fût-il souverain ou agent diplomatique, ne saurait le soustraire à cette obligation. Le texte ne comporte aucune distinction, et on ne voit pas qu'il y ait lieu d'en faire, puisque, quelles que soient les immunités dont il jouisse, l'étranger a pris lui-même l'initiative du procès où il est engagé et s'est placé par là dans la situation d'un justiciable ordinaire (4).

Pareillement le bénéfice de l'assistance judiciaire, accordé à un étranger, ne contient pas en lui-même la dispense de fournir caution. Ce bénéfice dispense bien, au moins provisoirement, celui auquel il est octroyé d'acquitter certains frais : il ne change rien à ses rapports avec son adversaire, et ne doit pas diminuer les garanties de celui-ci (5).

(1) Cpr. Chambéry, 26 fév. 1894, D., 96. 2. 150.

(2) Pour les étrangers qui ont leur résidence habituelle en Algérie, cpr. Alger, 23 juin 1896, D., 1901. 2. 257, note de M. Pic. — Alger, 15 oct. 1902, *J. Clunet*, 1904, p. 895.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 127, n. 2, et p. 129, n. 15; Demolombe, I, n. 259 et 266; Duranton, I, n. 165; Demante, I, n. 46 *bis*, III; Laurent, I, n. 458; Huc, I, n. 284; Beudant, I, n. 91; Fœlix, I, n. 133; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 759 et 760; Surville et Arthuys, n. 404; Bonfils, n. 120; Gerbaut, n. 43 s.; Fuzier-Herman, art. 13, n. 21, et art. 16, n. 1 s.; Joccotton, *op. cit.*, p. 191. — Lyon, 26 juin 1873, S., 73. 2. 197, D., 74. 2. 120. — Paris, 24 fév. 1877, *J. Clunet*, 1877, p. 38.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Caut. jud. solv.*, § 1, n. 7, et *Quest., eod. verb.*, § 2; Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 128, n. 7; Demolombe, I, n. 255; Huc, I, n. 284; Beudant, I, n. 91; Boncenne, *Traité de procéd.*, III, p. 173; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, I, quest. 701; Weiss, p. 760; Gerbaut, n. 46; Fuzier-Herman, art. 16, n. 22.

(5) Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 8; Despagnet, n. 43 et 176; Weiss, p. 760 et 761; Surville et Arthuys, n. 404; Rouard de Card, *Etudes de dr. intern.*, p. 176 s.; Dorigny, *De l'assist. judic.*, p. 150; Fuzier-Herman, art. 16, n. 23. — Trib. Seine, 29 déc. 1868, S., 69. 2. 123. — Trib. Boulogne-sur-Mer, 26 déc. 1884, *Le Droit*, 30-31 mars 1885. — Cf. cep. Beauchet, *Gaz. du Palais*, 11 mars 1886.

676. Deuxième condition : l'étranger doit être demandeur au procès.

L'étranger défendeur n'est donc pas obligé de fournir caution. On en a donné ce motif que la défense est de droit naturel et que par suite elle ne doit pas être entravée. Mais est-ce que la demande n'est pas aussi de « droit naturel » (1)? Il est plus exact de dire que le défendeur ne doit pas la caution parce qu'il est présumé libre de tout engagement tant que le contraire n'est pas prouvé, et que dès lors on ne saurait subordonner le droit qu'il a de se défendre à aucune espèce de condition : « s'il comparait en jugement, disait Pothier, ce n'est que parce qu'il y est forcé ». Ne serait-il point en effet souverainement injuste de refuser d'entendre, avant qu'il ait trouvé un répondant, celui qui, contre son gré et peut-être sans aucun motif, a été appelé en cause?

677. Il importe peu, au reste, que l'étranger soit demandeur principal ou intervenant, c'est-à dire qu'il ait lui-même introduit l'instance ou qu'il y soit devenu partie après qu'elle était déjà engagée (2). Sur ce point l'art. 16 C. civ. est, depuis qu'il a été modifié par la loi de 1895, aussi explicite que l'était déjà l'art. 166 C. pr.

Mais encore faut-il que l'étranger soit demandeur véritable. Or est réellement dans la situation d'un défendeur : 1° l'étranger qui forme, en réponse à la demande dirigée contre lui, une demande reconventionnelle : celle-ci n'est en effet qu'un moyen de défense (3) ; 2° celui qui, défendeur en première instance, se porte appelant de la décision qui le condamne : l'appel n'est encore qu'une prolongation de sa défense (4) ; 3° par les mêmes raisons, celui qui, primitivement défendeur,

(1) Laurent, I, n. 439.

(2) Cpr. Weiss, p. 763 et 764; Fuzier-Herman, art. 16, n. 25.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 127, n. 3; Demolombe, I, n. 255; Demante, I, n. 46 *bis*, III; Weiss, p. 762; Surville et Arthuys, n. 404; Fuzier-Herman, art. 16, n. 46 s.; Gerbaut, n. 53. — Trib. Seine, 15 avril 1856, *Gaz. des trib.*, 16 avril.

(4) Merlin, *Rép.*, v° *Caut. jud. solv.*, § 1, n. 4; Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 4; Demolombe, Demante, *loc. cit.*; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 763; Surville et Arthuys, n. 404; Bonfils, n. 138; Gerbaut, n. 57; Fuzier-Herman, art. 16, n. 48.— Paris, 31 janv. 1835, S., 35. 2. 82, D., 37. 2. 125. — Paris, 20 avril 1877, *J. Clunet*, 1878, p. 159. — *Contra* : Demangeat sur Fœlix, I, p. 301, note *a*.

prend une voie extraordinaire de recours, requête civile ou pourvoi en cassation (1); 4° celui qui demande la levée d'une opposition ou la nullité d'une saisie, car il se défend bien plus qu'il n'attaque (2); 5° celui enfin qui, défendeur au procès, appelle un tiers en garantie : il semble bien, en effet, que la demande en garantie ne soit qu'un moyen de sa défense (3).

Doit être au contraire, selon nous, considéré comme demandeur : 1° l'étranger qui, demandeur en première instance, a formé ou même vu former contre lui, soit un appel, soit un pourvoi en cassation ou un recours par voie de requête civile : car, quelque rôle qu'il joue devant la nouvelle juridiction, c'est sa demande qui se continue, de même que se continue devant elle la défense du défendeur originaire (4); 2° l'étranger qui forme une demande en distraction d'objets saisis (5).

678. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable demande. Or on ne doit pas considérer comme telle la poursuite dirigée par un étranger en vertu d'un titre exécutoire et qui, par nature, justifie de lui-même sa prétention (6).

679. Telles sont les personnes qui sont tenues de donner

(1) Weiss, p. 763; Surville et Arthuys, n. 404; Fuzier-Herman, art. 16, n. 50 — *Contra :* Demolombe, Demante, *loc. cit.;* Coin-Delisle, art. 16, n. 15.

(2) Merlin, *loc. cit.*, § 1, n. 3; Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 128, n. 5; Demolombe, I, n. 255; Demangeat, p. 141; Despagnet, n. 176; Fuzier-Herman, art. 16, n. 35 s. — Nancy, 9 mars 1872, S., 72. 2. 20, D., 72. 2. 238. — Rennes, 8 janv. 1889, S., 89. 2. 222. — Cpr. Nancy, 6 déc. 1889, *Rev. prat. de dr. intern. privé*, 1890-91. 1. 69.

(3) Weiss, p. 762.

(4) Merlin, *loc. cit.*, § 1, n. 4; Fœlix, I, p 300; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 763; Surville et Arthuys, p. 454, note 5; Bonfils, n. 139; Gerbaut, n. 58. — Paris, 11 janv. 1859, *Gaz. des trib.*, 12 janv. 1859. — *Contra :* pour le cas où l'étranger est intimé, Demangeat sur Fœlix, I, p. 300, note *a;* Audinet, n. 422; Legat, p. 314; Mayer, *op. cit.*, p. 65; Fuzier-Herman, art. 16, n. 49. — Paris, 9 janvier 1884, *J. Clunet*, 1884, p. 389. — Nancy, 3 déc. 1895, S., 99. 2. 79, D., 98. 2. 264; — pour le cas où il est appelant et n'a pas fourni caution en première instance, Demante, I, n. 46 *bis*, III.

(5) Demolombe, I, n. 255; Chauveau sur Carré, *Supplém.*, quest. 698; Fuzier-Herman, art. 16, n. 26. — Paris, 3 mars 1854, S., 54. 2. 400, D., 54. 2. 63. — Trib. Seine, 27 juil. 1879, S., 80. 2. 267. — Nancy, 22 juin 1889, S., 89. 2. 222, D., 89. 2. 241.

(6) Merlin, *Rép.*, v° *Caut. jud. solv.*, § 1, n. 3 et 12; Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 130, n. 20; Demolombe, I, n. 255; Duranton, I, n. 164; Fœlix, I, n. 138 et 140; Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, quest. 698; Fuzier-Herman, art. 16, n. 29 s. — Bordeaux, 3 fév. 1835, S., 35. 2. 267, D., 35. 2. 74.

caution. Elles le sont « en toutes matières », par conséquent en matière civile, devant quelque juridiction que ce soit, même en référé, selon nous, car le référé peut entraîner des frais dont il est bon que le remboursement puisse être assuré au Français par la caution, et la célérité de cette procédure ne doit pas diminuer sa garantie [1]; puis en matière administrative et en matière criminelle, au sens le plus large du mot, c'est-à-dire devant tous les tribunaux répressifs [2].

680. Sous l'empire du code civil les étrangers échappaient à cette obligation en matière commerciale (art. 16 C. civ. et art. 423 C. pr.). Cette exception était fondée sur ce triple motif que les commerçants sont considérés, dans l'intérêt du développement des échanges internationaux, comme citoyens de toutes les cités, que les affaires commerciales requièrent célérité, enfin que les frais auxquels ces affaires donnent lieu sont ordinairement minimes. Cette exception, pour l'application de laquelle la nature de la juridiction saisie du litige commercial était entièrement indifférente (art. 423 C. pr.), profitait notamment à l'étranger lorsque ce litige donnait lieu à un incident de la compétence exclusive du tribunal civil, une vérification d'écriture par exemple [3].

(1) Weiss, p. 764. — Trib. Seine, 30 avril 1863, *Rép.* de Fuzier-Herman, v° *Caut. jud. solv.*, n. 90. — Trib. Tongres, 26 nov. 1898, S., 99. 4. 40. — *Contra :* Surville et Arthuys, p. 453, note 2; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Référé*, n. 277; Bertin, *Ord. sur requête*, II, n. 319; Bazot, *Ord. sur requête*, p. 377. — Cf. Moreau, *Jurid. des référés*, n. 391.

(2) Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 128 et 129, n. 9-11; Demolombe, I, n. 256; Demante, I, n. 46 *bis*, IV; Duranton, I, n. 161; Fœlix, I, n. 137; Huc, I, n. 284; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 764; Surville et Arthuys, p. 453, note 1; Bonfils, n. 143; Gerbaut, n. 63 s.; F. Hélie, *Instruct. criminelle*, I, n. 548 s.; Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 705; Fuzier-Herman, art. 16, n. 55 s.; Joccotton, *op. cit.*, p. 181; Serrigny, *Procéd. et comp. admin.*, I, p 272. — Ord. C. d'Etat, 23 janv. 1820, D., *Rép.*, v° *Exceptions*, n. 71. — Crim. cass., 18 fév. 1846, S., 46. 1. 320, D., 46. 1. 128. — Aix, 4 juin 1877, *J. Clunet*, 1878, p. 599. — Trib. paix Paris, 2 avril 1886, *Monit. just. de paix*, 1886, p. 234. — Paris, 18 mars 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 472. — *Contra* : pour les tribunaux répressifs, Sapey, *op. cit.*, p. 219. — Dijon, 13 juil. 1881, S., 84. 2. 3; pour les tribunaux correctionnels, Chauveau sur Carré, quest. 705.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Caut. jud. solv.*, § 1, n. 3; Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 129, n. 12; Demolombe, I, n. 256; Weiss, p. 765 et 766; Bonfils, n. 144; Gerbaut, n. 65; Fuzier-Herman, art. 16, n. 60 s. — Trib. Seine, 9 février 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 72.

Mais cette exception a cessé d'exister depuis que la loi du 5 mars 1895 a supprimé de l'art. 16 C. civ. les mots « autres que celles de commerce » et abrogé l'art. 423 C. pr. Cette suppression avait été demandée par la presque unanimité des Chambres de commerce consultées à ce sujet. On faisait remarquer en ce sens que les Français étaient souvent astreints à fournir caution en pays étranger, en Angleterre par exemple, même en matière commerciale, et qu'il n'y avait pas lieu dès lors de faire aux étrangers dans notre pays une situation plus douce que celle qui était réservée dans les autres à nos nationaux. Mais, de ce point de vue, il eût fallu tout au moins assurer aux étrangers le régime de la réciprocité, même simplement législative, ce que n'a pas fait la loi de 1895, de telle sorte que, s'il semble exagéré de dire qu'elle entravera les relations internationales, il est permis de craindre qu'elle n'expose nos nationaux à des mesures de rétorsion là où ils étaient dispensés, parfois en toutes matières, de fournir caution (1).

Par application du principe que les lois de procédure régissent même les procès déjà pendants lorsqu'elles sont publiées, il a été décidé que les Français défendeurs avaient pu, même pour les instances engagées avant la publication de la loi de 1895, et fussent-elles déjà devant la juridiction d'appel, exiger la caution en matière commerciale de l'étranger demandeur, au moins pour les frais faits postérieurement à cette loi (2).

La caution étant due désormais en matière commerciale comme en toute autre matière, et quel que soit l'objet de la demande, puisque la loi ne fait aucune distinction, c'est absolument sans motifs qu'une décision judiciaire en a dispensé l'étranger qui poursuit une déclaration de faillite (3).

(1) Cpr. Despagnet, n. 176; Surville et Arthuys, n. 407 et p. 451, note 5; Surville, *Rev. pol. et parl.*, 1895, V, p. 334; *J. Clunet*, 1895, p. 1161.

(2) Trib. comm. Seine, 1er juin 1895, S., 95. 2. 284, D., 96. 2. 246. — Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 245, D., 97. 2. 8. — Trib. comm. Seine, 15 juin 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 893.

(3) Trib. comm. Seine, 6 déc. 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 139.

2° *A qui la caution est due et comment elle doit être demandée.*

681. Cette caution peut être requise [1], non seulement par le défendeur français, mais encore par le défendeur étranger, s'il possède en France un domicile autorisé, ou même s'il peut seulement puiser ce droit dans un traité (art. 11 et 13 C. civ.) [2]. Ce bénéfice ne saurait être en effet toujours réservé aux nationaux comme un privilège, car il a uniquement pour objet, dans l'esprit de la loi, de rétablir l'égalité de situation entre les deux parties pour la défense de leurs droits, et apparaît ainsi comme un simple moyen d'en assurer efficacement la sanction : il doit donc appartenir à tous ceux qui jouissent des mêmes droits civils que les Français.

682. En dehors de ces deux cas il paraît difficile de reconnaître à l'étranger le droit de requérir la caution. Il semble bien que tel ait été déjà le principe dans notre ancienne jurisprudence, car, si Pothier [3] permet au défendeur étranger de l'exiger du demandeur, c'est à la condition qu'il « l'offre respectivement de son côté ». La généralité des termes des art. 16 C. civ. et 166 C. pr. tendrait, il est vrai, à exclure toute distinction entre le défendeur étranger et le défendeur français, mais elle s'explique par l'étroite corrélation de l'art. 16, qui est le véritable siège de la matière, avec la disposition de l'art. 15, laquelle suppose précisément que le défendeur est Français. Comment enfin ne pas voir dans la faculté d'exiger caution un véritable droit civil *stricto sensu*, alors que cette faculté est, comme on dit, une « création de la législation positive », ou que, pour appliquer ici le critérium que nous avons essayé de donner, elle repose sur des considérations d'ordre économique qui n'en commandent

[1] Il a été jugé que le défendeur qui se reconnaît débiteur, ne peut exiger la caution si la somme qu'il doit est jugée suffisante pour payer les frais et dépens du procès. Paris, 13 janv. 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 669.

[2] Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 131, n. 21; Demolombe, I, n. 266; Beudant, I, n. 91; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 758; Surville et Arthuys, n. 404; Fuzier-Herman, art. 13, n. 20. — Crim. rej., 15 avril 1842, S., 42. 1. 473, rapp. de M. Rocher, et concl. de M. Quesnault, D., 42. 1. 196. — Paris, 2 juill. 1861, S., 61. 2. 614, D., 61. 5. 196. — Trib. Seine, 17 janv. 1885, *J. Clunet*, 1885, p. 174. — Paris, 16 avril 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 608.

[3] *Des personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n. 49.

nullement l'extension aux étrangers? Elle a pour résultat, en effet, de resserrer dans certaines limites le droit « naturel » d'ester en justice qui appartient à l'étranger, et pour but de rétablir entre les parties au procès l'égalité de situation qui risquerait d'être rompue, à raison de l'extranéité de l'une d'elles, au préjudice de l'autre. Or leur situation est identique en général lorsque ce sont deux étrangers qui sont aux prises, puisqu'aucun d'eux ne peut être présumé posséder plus de biens en France que son adversaire, et que dès lors ils s'offrent l'un à l'autre, pour l'exécution des condamnations éventuelles qui pourront être prononcées contre eux, exactement les mêmes garanties [1].

683. Le défendeur français, en principe, peut donc seul exiger la caution *judicatum solvi*. L'art. 16 semblerait dire que cette caution est due de plein droit par l'étranger demandeur, de telle sorte qu'en aucun cas la demande de l'étranger ne pût être reçue avant que cette caution ait été fournie. Mais sur ce point l'art. 16 a été expliqué par l'art. 166 C. pr., d'après lequel l'étranger n'est obligé de fournir caution que « si le défendeur le requiert ». Celui-ci peut n'avoir pas d'intérêt à le requérir; la loi le laisse juge de cet intérêt.

684. Le défendeur qui veut requérir la caution doit le faire verbalement à l'audience, lorsqu'il est en justice de paix, et devant les tribunaux civils ordinaires par une requête d'avoué à avoué, à laquelle il est répondu dans la même forme (tarif du code de proc. civ., art. 75).

[1] Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 22; Demolombe, I, n. 255; Duranton, I, n. 166; Taulier, I, p. 119; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 60; Laurent, I, n. 450; Beudant, I, n. 91; Fœlix, I, n. 134; Weiss, p. 758 et 759; Surville et Arthuys, n. 404; Rouard de Card, *op. cit.*, p. 177, note 1; Soloman, *op. cit.*, p. 112; Legat, *op. cit.*, p. 313 et 314; Trochon, p. 281 s.; Fuzier-Herman, art. 16, n. 54. — Crim. rej., 15 avril 1842, précité. — Paris, 2 juil. 1861, précité. — Trib. Seine, 17 janv. 1885, *J. Clunet*, 1885, p. 174. — Bordeaux, 27 juil. 1893, *J. Clunet*, 1894, p. 106. — Trib. com. Seine, 13 nov. 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 520. — Trib. com. Seine, 8 juil. 1898, *J. Clunet*, 1900, p. 782. — Paris, 13 avril 1899, *J. Clunet*, 1899, p. 771. — *Contra :* Merlin, *Rép.*, v° *Caut. jud. solv.*, § 1, n. 7; Delvincourt, I, p. 16, note 10; Demante, I, n. 46 *bis*, II; Valette sur Proudhon, I, p. 157; Huc, I, n. 284; Boitard, *Leç. de proc.*, I, n. 345; Demangeat, *op. cit.*, p. 400; Bonfils, n. 237; Guichard, *Dr. civils*, n. 287; Coin-Delisle, art. 16, n. 3; Boncenne, *op. cit.*, III, p. 183 s.; Despagnet, n. 176; Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 702. — Paris, 30 juil. 1834, S., 34. 2. 434, D., 35. 2. 35.

Tant que l'étranger n'a pas fourni la caution requise par le défendeur celui-ci n'est pas obligé de répondre à la demande : le refus ou le retard de fournir caution constitue une exception à son profit, sans pour cela que le demandeur soit déchu de son action [1].

685. Cette exception doit être proposée *in limine litis*, avant toute défense au fond [2], et même, d'après l'art. 166 C. pr., avant toute autre exception, à peine de déchéance. Mais, à cet égard, la disposition de l'art. 166 est en contradiction avec celles des art. 169 et 173 du même code, qui décident que les exceptions d'incompétence ou de nullité d'exploit ou d'acte de procédure doivent être elles-mêmes opposées avant toutes autres, sauf à ne soulever cette dernière qu'après l'exception d'incompétence.

Il paraît impossible de soutenir, comme on l'a fait [3], pour concilier ces trois textes, que les deux derniers ont implicitement modifié le premier, dont ils ne sont pourtant séparés que par quelques articles : ce procédé législatif eût été trop bizarre, pour qu'il soit permis de supposer qu'il a été réellement employé. Il ne s'agit point en effet ici de deux lois successives, dont l'une pourrait être considérée comme ayant abrogé l'autre, mais de deux dispositions d'une même loi qui doivent concorder ensemble.

Il serait plus raisonnable d'admettre, avec beaucoup d'auteurs, que, la loi n'ayant pas établi d'une façon positive l'ordre dans lequel ces différentes exceptions doivent être présentées, elles sont susceptibles de l'être dans un ordre quelconque, c'est-à-dire que notre exception peut être opposée soit avant, soit après les exceptions d'incompétence et de nullité, sans que le défendeur encoure de ce chef aucune déchéance [4].

Nous nous rallierons cependant plus volontiers à un troi-

(1) Weiss, p. 773; Garsonnet, *Tr. de proc.*, II, p. 598, § 768, note 1; Fuzier-Herman, art. 16, n. 89. — Paris, 4 nov. 1886, S., 88. 2. 89.

(2) Trib. comm. Lyon, 7 fév. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 122.

(3) Delvincourt, I, p. 16, note 6; Berriat-Saint-Prix, *Procéd. civ.*, I, p. 257.

(4) Huc, I, n. 284; Bonnier, *Proc. civ.*, p. 159; Carré et Chauveau, quest. 704; Garsonnet, *Tr. de proc.*, II, p. 596, § 767. — Bourges, 20 juill. 1837, S., 43. 2. 561 et note. — Trib. Seine, 17 juil. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 341.

sième système. Il résulte en effet des dispositions mêmes à concilier que le législateur a voulu assigner à chaque exception un certain rang : or la seconde opinion résout le problème que le législateur s'est posé en le supprimant, tandis que deux éléments, sans parler des travaux préparatoires, semblent en fournir la solution. Si, effectivement, on s'attache à l'ordre dans lequel sont écrites les dispositions relatives aux exceptions, on remarque : 1° que les exceptions dilatoires, qui doivent être proposées en dernier lieu, font l'objet du § 4 du titre IX du code de procédure civile ; 2° que l'exception de nullité, qui ne doit être invoquée qu'après l'exception d'incompétence, traitée au § 2, n'a trouvé place que dans le § 3 ; c'est-à-dire, en somme, que l'ordre dans lequel il faut se prévaloir des exceptions d'incompétence, de nullité et dilatoires n'est autre que l'ordre même dans lequel ont été écrites les dispositions qui les concernent. N'est-on pas dès lors autorisé à penser que cet ordre a été pareillement respecté pour l'exception relative à la caution *judicatum solvi*, et que, venant la première (§ 1er), c'est qu'elle doit être proposée avant toutes les autres ? Rationnellement d'ailleurs, et c'est cette considération surtout qui nous détermine, il en devait être ainsi. Si la caution doit être, à peine de déchéance, demandée *in limine litis*, c'est parce que le défendeur est présumé avoir renoncé à son droit dès que, ayant intérêt à la requérir, il ne l'a pas requise. Or l'intérêt du défendeur est évidemment de l'exiger avant d'avoir proposé ses exceptions d'incompétence ou de nullité, pour qu'elle garantisse les frais qu'entraîneront ces incidents. Son silence doit donc être naturellement interprété dans le sens d'une renonciation [1].

686. Ainsi, lorsque le défendeur n'a pas proposé à son rang l'exception qui lui appartient, il est censé avoir renoncé

[1] Demolombe, I, n. 258; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 770 s.; Boncenne, *Proc. civ.*, III, p. 201; Bioche, v° *Caut. jud. solv.*, n. 123; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, 15e édit., I, n. 367; Gerbaut, n. 70; Fuzier-Herman, art. 16, n. 80 s. — Trib. Nancy, 8 fév. 1886, *J. Clunet*, 1886, p. 286. — Trib. Seine, 2 juin 1886, *eod. loc.*, 1888, p. 778. — Trib. comm. Marseille, 24 janv. 1896, *J. Clunet*, 1899, p. 535. — Rouen, 16 mars 1898, *J. Clunet*, 1899, p. 112. — Trib. comm. Seine, 22 avril 1903, *J. Clunet*, 1905, p. 133. — *Contra* : Duranton, I, n. 163.

au droit de demander la caution. Il ne résulte pourtant point de cette règle qu'il ne lui soit plus possible, lorsqu'il n'a pas requis la caution en première instance, de la requérir ensuite pour la garantie des frais résultant d'une instance d'appel, d'un recours en cassation ou d'une requête civile. Toute renonciation devant s'interpréter restrictivement, le défendeur doit être supposé n'avoir perdu son droit que pour les frais exposés devant la juridiction qu'il n'a pas saisie en temps opportun de sa demande : il doit être, au contraire, considéré comme l'ayant conservé pour la garantie des condamnations éventuelles qui peuvent être prononcées à son profit par toutes les autres, d'autant que la confiance qu'a pu lui inspirer son adversaire au début du procès diminue graduellement à mesure que les frais de celui-ci augmentent avec sa durée [1].

A cet égard, il importe peu, selon nous, que le défendeur initial conserve ou non le même rôle devant la juridiction nouvellement saisie, et notamment qu'il soit intimé ou appelant : même dans le dernier cas, c'est encore sa défense qui se continue, et il a droit par conséquent à la caution [2].

3° *Comment elle doit être fournie et quelles sont les obligations de la caution.*

687. Normalement c'est en un engagement personnel pris par une caution que consiste la garantie de l'art. **16**. Cette caution, étant au reste une caution légale puisque c'est la loi qui permet de l'exiger, doit satisfaire aux conditions des

[1] Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 132, n. 24 et 25; Fœlix, I, n. 138; Despagnet, n. 176; Weiss, p. 772 et 773; Surville et Arthuys, p. 454, note 5; Gerbaut, n. 71; Bonfils, n. 140; Trochon, p. 237; Legal, *op. cit.*, p. 314; Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 700, note; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, I, n. 344; Fuzier-Herman, art. 16, n. 83 s.; Jocotton, *op. cit.*, p. 206. — Lyon, 26 juin 1873, S., 73. 2. 197, D., 74. 2. 120. — Aix, 24 mars 1876, *J. Clunet*, 1877, p. 225. — Nancy, 22 juin 1889, S., 89. 2. 222, D., 89. 2. 241. — Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 245, D., 97. 2. 8. — *Contra :* Demolombe, I, n. 258; Demante, I, n. 46 *bis*, III; Coin-Delisle, art. 16, n. 2. — Douai, 15 avril 1833, S., 33. 2. 242, D., 33. 2. 139. — Chambéry, 26 fév. 1894, D., 96. 2. 150. — Nancy, 3 déc. 1895, *J. Clunet*, 1897, p. 325. — Paris, 24 avril 1896, *J. Clunet*, 1899, p. 343. — Paris, 15 fév. 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 717. — Rouen, 16 mars 1898, *J. Clunet*, 1599, p. 112.

[2] Fœlix, I, n. 138. — *Contra :* Aubry et Rau, *eod. loc.*; Demangeat sur Fœlix, I, p. 300. — Paris, 9 janv. 1883, S., 84. 2. 125. — Paris, 24 avril 1896, précité.

art. 2018 et 2019 C. civ. (art. 2040 C. civ.) [1]. Elle est, au surplus, fournie et reçue suivant la procédure ordinaire des réceptions de cautions, déterminée par les art 517 s. C. pr.

688. La caution garantit l'exécution de certaines seulement des condamnations judiciaires qui peuvent être prononcées au profit du défendeur. Elle garantit : 1° le paiement des frais auxquels l'étranger est condamné en vertu de l'art. 130 C. pr. et dont le défendeur s'est trouvé forcé de faire l'avance ou du paiement desquels il est responsable [2] ; 2° le paiement des dommages-intérêts « résultant du procès », c'est-à-dire des dommages et intérêts d'indue vexation, destinés à réparer le préjudice que l'étranger a pu causer au crédit, à la réputation ou même à la tranquillité du Français, en lui intentant un procès injuste [3].

Elle ne garantirait donc même pas le paiement des dommages-intérêts auxquels le juge, faisant droit à une demande reconventionnelle formée par le défendeur à raison d'un fait autre que la vexation dont il a été l'objet, aurait condamné le demandeur : ces dommages-intérêts résultent, par hypothèse, d'un fait étranger au procès, et non du procès lui-même, c'est-à-dire, dans le sens où l'entend la loi, du fait d'avoir engagé à tort l'instance. Cette décision est justifiée par le fondement même de la caution *judicatum solvi* [4].

689. Enfin le jugement qui ordonne de fournir caution doit fixer la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle doit s'engager (art. 167 C. pr.). Le demandeur pourrait d'ailleurs être obligé en cours d'instance à fournir un supplément de caution, si les premières prévisions du juge paraissaient devoir être dépassées [5].

(1) Surville et Arthuys, n. 404.

(2) Demante, I, n. 46 *bis*, V ; Despagnet, n. 176 ; Weiss, p. 774 ; Gerbaut, n. 75 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 24. — Cf. Req. rej., 13 juil. 1870, D., 71. 1. 350. — Paris, 27 juil. 1875, D., 77. 2. 118. — Orléans, 23 juil. 1887, et Paris, 13 fév. 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 1027.

(3) Demante, I, n. 46 *bis*, V.

(4) Demolombe, I, n. 257 ; Duranton, I, n. 160, note 1 ; Weiss, p. 774 et 775 ; Surville et Arthuys, n. 404 ; Carré, quest. 697 ; Boncenne, III, p. 189 ; Mayer, *op. cit.*, p. 94. — Trib. comm. Seine, 18 mars 1898, *J. Clunet*, 1900, p. 333.

(5) Chauveau sur Carré, quest. 708 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 86. — Metz, 13 mars 1821, S. chr., VI. 2. 383, D., *Rép.*, v° *Exceptions*, n. 90.

690. Mais le cautionnement prescrit par l'art. 16 peut être remplacé par des garanties équivalentes. On doit considérer comme telles :

1° Un gage en nantissement suffisant, en vertu de l'art. 2041 C. civ., applicable à toutes les cautions légales [1];

2° La consignation d'une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a ordonné que la caution serait fournie (art. 167 C. pr.) [2];

3° La justification faite par l'étranger qu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre du paiement de cette somme (art. 16 C. civ. et 167 C. pr.) [3]. L'étranger est alors, dans ce dernier cas, bien réellement dispensé, à raison de sa situation dûment constatée, de fournir une véritable garantie, tandis qu'il en fournit une dans les deux autres et n'échappe à l'obligation de donner caution qu'en donnant des sûretés équivalentes.

Nous ne pensons pas, d'ailleurs, que les immeubles de l'étranger doivent être nécessairement corporels, ainsi que l'exigent beaucoup d'auteurs, sous ce prétexte que la loi parle (art. 167 C. pr.) d'immeubles « situés en France ». On ne voit pas, en effet, pourquoi il serait permis de dire d'un droit de propriété immobilière, et non plus d'un droit d'usufruit immobilier, qu'il est « situé en France ». Evidemment notre texte s'est ressenti de la vieille confusion de l'objet du droit avec le droit lui-même [4].

Quoi qu'on en ait dit, l'étranger n'est pas non plus obligé de constituer une hypothèque sur ses immeubles. Nulle part la loi ne l'exige, et l'interprète ne saurait, sous prétexte de mieux garantir les droits du défendeur, ajouter aux prescrip-

[1] Aubry et Rau, VIII, § 747 *bis*, p. 131 ; Demante, I, n. 46 *bis*, VI ; Weiss, p. 766 et 767 ; Despagnet, n. 176 ; Surville et Arthuys, n. 404 ; Gerbaut, n. 85 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 66.

[2] Cette somme ne peut être retirée de la caisse des dépôts et consignations que si le demandeur justifie de l'acquit des frais et des dommages-intérêts auxquels il a été condamné. Paris, 19 janv. 1901, p. 528.

[3] Cf. Fuzier-Herman, art. 16, n. 72 s.

[4] Despagnet, n. 176 ; Weiss, p 767, note 5 ; Bonfils, *op. cit.*, n. 125. — *Contra :* Aubry et Rau, *eod. loc.*, p. 129, n. 13 ; Demolombe, I, n. 259 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 77.

tions légales, surtout en présence d'une disposition aussi exorbitante. Et il ne résulte pas non plus d'hypothèque judiciaire du jugement qui admet en ce cas l'équivalence de cette garantie immobilière, puisque, loin de porter condamnation, il ne constate que l'existence d'un cas de dispense [1].

DEUXIÈME CAS. — *Des contestations entre étrangers* [2].

691. La loi ne s'est pas occupée du cas où une contestation s'élève en France entre deux étrangers. Nos tribunaux sont-ils compétents pour juger cette contestation ?

L'affirmative va de soi si les étrangers dont il s'agit, ou tout au moins l'un d'eux, ont en France un domicile autorisé : car l'un des plaideurs est alors, en vertu de l'art. 13, dans la même situation que s'il était Français, et partant les art. 14 et 15 sont applicables [3]. L'affirmative s'impose encore si les parties, ou l'une d'elles, puisent dans un traité conclu entre la France et le pays auquel elles appartiennent, le droit d'avoir libre et facile accès auprès de nos tribunaux [4].

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Caut. jud. sol.*, § 1, n. 11 ; Aubry et Rau, *eod. loc.*, n. 14 ; Demolombe, I, n. 259 ; Duranton, I, n. 162 ; Toullier, I, n. 265 ; Demante, I, n. 46 *bis*, VII ; Richelot, I, n. 83 ; Fœlix, I, n. 142 ; Despagnet, n. 176 ; Weiss, p. 767 et 768 ; Bonfils, n. 127 ; Gerbaut, n. 91 ; Legat, p. 310 ; Fuzier-Herman, art. 16, n. 75 ; Joccotton, *op. cit.*, p. 187. — *Contra* : Favard, *Rép.*, v° *Exception*, § 1, n. 7 ; Boncenne, *op. cit.*, III, p. 93 ; Delvincourt, I, p. 16, note 9 ; Chauveau sur Carré, quest. 708 *bis* ; Bonnier, *Proc. civ.*, n. 412.

[2] Trochon, *Les étr. devant la justice française et les jurid. nation. des peuples anciens et modernes*, Paris, 1867 ; Vincent, *Les étrangers devant les tribunaux français*, Paris, 1888 ; Roger, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1838, V, p. 180 ; Fœlix, *eod. loc.*, 1840, VII, p. 786 et 962 ; Jay, *Rev. prat.*, 1857, III, p. 197 s. ; Ballot, *Rev. prat.*, 1860, X, p. 111 s. ; Pascaud, *Rec. Acad. lég. de Toulouse*, 1888-99, XXXVII, p. 109 ; Moutier, *J. Clunet*, 1893, p. 341 s. — Cf. aussi, *supra*, p. 648, note 2.

[3] Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 145, n. 39 ; Demolombe, I, n. 266 ; Demante, I, n. 45 *bis*, IV ; Beudant, I, n. 90 ; Weiss, p. 778 ; Despagnet, n. 183-2° ; Surville et Arthuys, n. 408 ; Bonfils, n. 186 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 15, et art. 15, n. 83 s. ; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 155. — Civ. rej., 23 juil. 1855, S., 56. 1. 148, D., 55. 1. 353. — Alger, 16 nov. 1874, *J. Clunet*, 1875, p. 268. — Aix, 4 mai 1885, S., 87. 2. 234, D., 86. 2. 129, note de M. Glasson. — Trib. Seine, 27 fév. 1888, *Le Droit*, 11 avril. — Amiens, 12 déc. 1888, S., 89. 2. 12, D., 91. 2. 39. — Paris, 22 déc. 1892, D., 93. 2. 157.

[4] Req. rej., 3 juin 1885, S., 85. 1. 417, D., 85. 1. 409. — Trib. Seine, 10 mars et 23 avril 1888, S., 88. 2. 94. — Cf. sur ces traités, Weiss, p. 779 et 780 ; Despagnet, n. 185 ; Surville et Arthuys, n. 412 ; Fuzier-Herman, art. 15, n. 72 s. — Cf. pour les contestations portées devant les tribunaux de l'Algérie, les ordonnances

692. Mais quelle est, en principe, la compétence de ces derniers en dehors de ces deux cas? Dans notre ancien droit ils n'étaient incompétents que tout autant que le défendeur étranger était domicilié hors de France, et cela par application de l'adage *actor sequitur forum rei ;* encore la règle comportait elle de nombreux tempéraments [1]. Pour la jurisprudence actuelle, au contraire, l'incompétence des juges français est la règle, et la compétence l'exception [2], quoique, à vrai dire, celle-ci resserre, comme on le verra, dans les plus étroites limites le domaine de la règle.

Aucun texte, dit-on d'abord en ce sens, ne confère d'une façon générale aux étrangers le droit de soumettre leurs différends aux juridictions françaises : ce serait donc faire la loi que le leur reconnaître. — Ce premier argument serait admissible de la part de ceux qui, comme M. Demolombe, interprètent l'art. 11 en ce sens que l'étranger n'a en France que les droits qui lui sont positivement reconnus, d'une façon explicite ou implicite, par un texte. Il ne l'est pas, venant de la jurisprudence, qui justement repousse ce système et admet les étrangers à la participation de tous les droits du *jus gentium.*

Dire ensuite simplement, comme on le fait, que « la justice n'est due qu'aux nationaux » et à ceux qui leur sont assimilés, c'est reproduire sous une autre forme le même argument, affirmer précisément ce qui est en question, et, au fond, avan-

du 10 août 1834 (art. 27) et du 22 oct. 1842 (art. 33), et Weiss, p. 780 et 781. — Cpr. Alger, 15 oct. 1902, *J. Clunet*, 1904, p. 895.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 2; Denisart, *Coll. de décis. nouv.*, VIII, v° *Etranger*, § 3; Weiss, p. 776.

(2) Req. rej., 2 avril 1833, S., 33. 1. 435, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 314. — Paris, 15 juin 1861, S., 61. 2. 455, D., 61. 2. 176. — Alger, 4 mars 1874, S., 74. 2. 103, D., 75. 2. 62. — Paris, 13 mars 1879, S., 79. 2. 289 et note, D., 80. 2. 113. — Req. rej., 18 avril 1892, S., 92. 1. 407, D., 92. 1. 409 et note de M. B. — Trib. Nice, 14 juin 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 722. — Trib. comm. Seine, 15 sept. 1899, *J. Clunet*, 1901, p. 543. — Douai, 9 août 1900, *J. Clunet*, 1901, p. 346. — Trib. Seine, 13 juin 1901, *J. Clunet*, 1901, p. 773. — Alger, 17 février 1904, *J. Clunet*, 1905, p. 209. — Civ. cass., 5 juin 1905, S., 1905. 1. 305. — Cpr. Alger, 27 février 1894, D., 94. 2. 320. — Trib. comm. Le Havre, 21 janvier 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 337. — Paris, 6 avril 1903, D., 1904. 2. 273, note de M. Leloir. — Alger, 9 mars 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 673. — Trib. comm. Seine, 10 mars 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 379.

cer, à notre sens, une contre-vérité. Si la mission du juge est de maintenir le bon ordre, en rendant justice aux particuliers pour éviter qu'ils ne soient forcés de se faire justice eux-mêmes, il est bien évident qu'il importe fort peu que les plaideurs soient Français ou étrangers : tout différend reste une cause possible de désordre, quelle que soit la nationalité de ceux qu'il divise, et le devoir comme l'intérêt bien entendu de l'Etat sont dès lors de donner au pouvoir judiciaire qualité pour en connaître.

Objectera-t-on qu'attribuer compétence aux juges français pour les contestations entre étrangers, c'est à la fois les obliger à appliquer et par suite à connaître les lois étrangères, et entraver le cours de la justice, déjà si lente, en augmentant, au détriment des nationaux, le nombre des causes sur lesquelles elle doit statuer ? Mais, de la dernière de ces deux objections, il ne faudrait retenir qu'une chose : c'est que notre organisation judiciaire devrait être sérieusement réformée pour ne pas rester inférieure à sa tâche. Et, quant à la première, outre qu'elle est assez singulière venant de notre jurisprudence, qui s'arroge le droit de réviser les jugements étrangers quant au fond avant de les rendre exécutoires en France, elle ne tendrait à rien moins qu'à la négation complète des principes du droit international privé, puisqu'ils ont précisément pour résultat d'imposer au juge l'obligation d'appliquer, dans des cas nombreux, une autre loi que sa loi nationale.

La base du système de la jurisprudence est donc, on le voit, d'une extrême fragilité. Mais il n'est pas moins sujet à critique lorsqu'on le juge à ses résultats, car il peut aboutir à placer un étranger dans l'impossibilité d'obtenir justice nulle part. C'est le cas, par exemple, pour l'étranger qui a affaire avec un individu qui, fixé en France, a perdu sa nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française [1] : à qui pourra-t-il demander justice, si le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur peut se déclarer et se déclare, en fait,

[1] Cpr. Dijon, 7 avril 1887, S., 88. 2. 93. — Paris, 18 mai 1892, S., 93. 2. 20, D., 92. 2. 320, note de M. de Boeck.

incompétent ? En dernière analyse, ce système peut donc consacrer un véritable déni de justice [1].

693. A notre avis, l'extranéité des plaideurs n'est pas une cause d'incompétence des tribunaux français : ceux-ci sont compétents, pour juger une contestation entre étrangers, dans tous les cas où ils le seraient si elle intéressait des Français, ainsi d'ailleurs que semble l'avoir reconnu Tronchet au cours des travaux préparatoires [2], et ils ne peuvent se déclarer incompétents que tout autant qu'ils le pourraient aussi si les plaideurs étaient Français.

En effet, réduite à ses éléments les plus simples, la question revient uniquement à rechercher si la faculté d'avoir accès auprès de la juridiction française est un droit civil ou un droit naturel : les étrangers n'y participent que si elle a ce dernier caractère. Or, ainsi posée, la question ne saurait faire doute. Il s'agit bien d'un droit naturel, car ce droit repose sur des considérations sociales, morales et économiques, qui en commandent, sous peine de n'être que partiellement respectées, la reconnaissance même au profit des étrangers. A tous les points de vue, l'ordre public est intéressé à ce que les différends s'aplanissent par les voies régulières, quelle que soit la nationalité de ceux qu'ils divisent. Si, d'ailleurs, une action est le complément nécessaire du droit qu'elle sanctionne, ce ne serait pas accorder le droit en son entier que d'autoriser, par exemple, un étranger à contracter en France avec un autre étranger qui y est de fait domicilié ou résident, et de ne pas lui permettre ensuite de porter devant la justice française les difficultés auxquelles ce contrat donne lieu.

694. Cette opinion est celle de la doctrine moderne dans sa grande majorité [3]. Beaucoup d'auteurs toutefois ont

[1] Req., 16 janv. 1866, S., 66, 1, 178; D., 66, 1, 256. — Trib. Seine, 24 déc. 1884, *J. Clunet*, 1884, p. 578. — Alger, 16 mai 1888, D., 90, 2, 93. — Trib. Lille, 25 avril 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 599.

[2] *Dict. de l'Ad. Rhal. Locré, Lévy*, II, p. 14, n. 16.

[3] Laurent, I, n. 140 s., et *J. Clunet*, 1877, p. 503; Fœlix, I, n. 146 s.; Calvo, *Dr. intern.*, II, n. 1046; Weiss, p. 788 s.; Surville et Arthuys, n. 410; Despagnet, n. 182; Durand, *Essai de dr. intern. privé*, n. 212 s.; Massé, *Le droit comm.*, I, n. 150 s.; Bonnault, *Quest. prat.*, I, 177 s.; Bonfils, n. 143; Gerhard, n. 289 s.;

adopté la théorie de la jurisprudence, mais non sans lui faire subir des modifications plus ou moins sensibles [1]. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau posent en principe « qu'un étranger ne peut, en matière purement personnelle et mobilière, appeler un autre étranger devant les tribunaux français même pour l'exécution d'obligations résultant de contrats passés en France ». Mais comme, à leurs yeux, « ce principe, qui n'est pas textuellement établi par la loi, résulte virtuellement de l'absence de toute disposition législative qui déroge, quant aux contestations entre étrangers, à la règle *actor sequitur forum rei* » [2], qu'est-ce à dire, sinon que l'étranger pourrait être valablement assigné en France, s'il y avait son domicile, ne fût-ce qu' « un domicile de fait suffisamment caractérisé »? Et c'est au surplus ce que reconnaissent formellement les savants auteurs [3], dont l'opinion se rapproche ainsi sur certains points de celle du reste de la doctrine. Toutefois, outre qu'elle en diffère sur d'autres, elle s'en sépare tout à fait dans le principe, puisqu'ils invoquent eux-mêmes un peu plus loin cette considération qu' « il a toujours été reconnu, en France, que l'Etat ne doit, en général, la justice qu'à ses nationaux » [4].

695. Le système de la jurisprudence n'a été jusqu'ici étudié que dans son principe. Mais cette première vue serait tout à fait insuffisante, car les très nombreuses exceptions

Legal, p. 305; Soloman, p. 94; Roger, *Rev. étr. et fr.*, 1838, V, p. 189; E. Jay, *Rev. prat.*, 1857, III, p. 197 s.; Ch. Brocher, *Rev. de dr. intern.*, 1871, III, p. 413; Norsa, *eod. loc.*, 1874, VI, p. 264; Glasson, D., 86. 2. 129, *J. Clunet*, 1881, p. 105, et *France judiciaire*, 1880-1881, p. 241; Stocquart, D., 88. 2. 249. — Paris, 13 juill. 1888, D., 89. 2. 93. — La jurisprudence belge est en ce sens : cf. Bruxelles, 2 déc. 1862, *Pasicrisie*, 63. 2. 352. — Cpr. Beudant, I, n. 90. — Enfin la compétence de nos tribunaux a été consacrée par le projet de réforme du code de procédure civile (art. 10 ; cf. proposition Bozérian, *J. Clunet*, 1885, p. 718 ; Moutier, *J. Clunet*, 1893, p. 331 s.

[1] Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 143, n. 33 s.; Demolombe, I, n. 261; Demante, I, n. 45 *bis*, IV; Toullier, I, n. 255; Duranton, I, 154; Valette, *Explic. somm.*, p. 18; Sapey, p. 214 s.; Coin-Delisle, n. 259 et 261; Hennequin, *Rev. de législ.*, 1852, XLV, p. 99; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1889, p. 137 et 225. — Cf. Demangeat, *Hist. de la cond. civile des étr. en France*, p. 389 s.

[2] *Loc. cit.*, p. 143, n. 33.

[3] *Loc. cit.*, p. 146, n. 42.

[4] *Loc. cit.*, p. 149, n. 55.

qu'elle y apporte elle-même le rendent infiniment complexe et lui font perdre beaucoup de sa rigueur, qui serait trop contraire aux besoins de la pratique. Ainsi elle reconnaît compétence aux tribunaux français :

1° Lorsqu'ils sont saisis d'une action immobilière, pétitoire ou possessoire, réelle ou mixte, relative à un immeuble situé en France (arg. art. 59, al. 3 C. pr.) (1). L'extranéité des plaideurs ne saurait empêcher en effet qu'une contestation intéressant à un si haut titre la souveraineté française, et qui doit être jugée d'après la loi française, le soit par des juges français.

695 *bis*. 2° Lorsque le demandeur étranger poursuit à la fois plusieurs défendeurs, dont l'un au moins est Français, par application de l'art. 59, 2e al. C. pr., qui lui donne la faculté de les assigner à son choix devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, et qui est une disposition absolument générale (2).

696. 3° Lorsqu'un intérêt public est engagé, à un titre quelconque, dans la contestation qui s'élève entre deux étrangers. On peut grouper sous ce chef les décisions suivantes :

a. Le juge français est compétent pour connaître, de quelque façon qu'elles soient intentées, des actions civiles dérivant des infractions à la loi pénale ou des délits ou quasi-délits commis en France par un étranger au préjudice d'un autre étranger (arg. art. 3, al. 1, C. civ., et avis C. d'Etat des 31 mai-4 juin 1806 (3).

(1) Merlin, *Rep.*, v° *Compétence*, § 2, n. 9; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 143, n. 31; Demolombe, I, n. 261-2°; Demante, I, n. 45 *bis*, V; Beudant, I, n. 89; Fuzier-Herman, art. 15, n. 16 s.; Bonfils, n. 173; Brocher, *loc. cit.*, p. 412; Norsa, *loc. cit.*, p. 654. — Colmar, 12 août 1817, S., 18. 2. 299, D. A., III, 306. — Cf. civ. rej., 10 janv. 1883, S., 84. 1. 380, D., 83. 1. 460. — Cpr. Despagnet, n. 183-1°.

(2) Despagnet, n. 183-8°. — Civ. cass., 14 mars 1883, S., 83. 1. 259, D., 83. 1. 378 et note. — Rouen, 24 nov. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 344. — Req. rej., 26 déc. 1899, S., 1901. 1. 30, D., 1900. 1. 90, rapp. de M. George-Lemaire.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 44; Demolombe, I, n. 261-1°; Demante, I, n. 45 *bis*, VI; Duranton, I, n. 152; Fuzier-Herman, art. 15, n. 70 s.; Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 164. — Crim. rej., 22 juin 1826, S., 27. 1. 200, D., 26. 1. 387. — Paris, 21 mars 1862, S., 62. 2. 411. — Nancy, 9 fév. 1886, D., 87. 2. 31. — Grenoble, 26 oct. 1897, D., 98. 2. 456. — Rouen, 24 nov. 1897, précité. — Cpr. Trib. corr. Seine, 5 nov. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 379. — Cf. Fœlix et Demangeat,

b. Il l'est pareillement pour ordonner, mais à titre purement provisoire, des mesures urgentes, indispensables pour assurer le bon ordre. A ce titre, et quoiqu'il soit en principe incompétent pour statuer sur les actions relatives à l'état des personnes étrangères (1), le juge français peut autoriser une étrangère à quitter le domicile conjugal, lui allouer une pension alimentaire ou *ad litem* pendant la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps qu'elle a formée contre son mari, statuer sur la demande en réintégration du domicile conjugal formée par un mari contre sa femme, pourvoir à la garde d'enfants étrangers abandonnés ou maltraités. Il peut aussi, au même titre, ordonner certaines mesures pour la protection des intérêts d'un absent ou d'un incapable étranger, statuer sur les demandes de pensions alimentaire, etc. (2).

I, p. 345, note *a;* Weiss, p. 781-4°; Despagnet, n. 183-4°; Surville et Arthuys, n. 408; Bonfils, n. 203; Soloman, p. 94.

(1) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 144, n. 34; Demolombe, I, n. 261; Demante, I, n. 45 *bis*, IV; Valette, *Explic. somm.*, p. 18; Fuzier-Herman, art. 15, n. 26 s. — Paris, 7 mai 1875, sous Cass., S., 81. 1. 397, D., 76. 2. 137. — Req. rej., 6 mars 1877, S., 79. 1. 305, D., 77. 1. 289. — Amiens, 24 août 1880, S., 82. 2. 80. — Aix, 4 mai 1885, S., 87. 2. 234, D., 86. 2. 129, note de M. Glasson. — Amiens, 12 déc. 1888, S., 89. 2. 12, D., 91. 2. 39. — Paris, 12 juill. 1889, *La Loi*, 19 sept. 1889. — Lyon, 6 mars 1889, *eod. loc.* — Req. rej., 18 juill. 1892, S., 92. 1. 407, D., 92. 1. 489 et note. — Paris, 26 fév. 1895, D., 96. 2. 113, note de M. Boeck. — Grenoble, 26 oct. 1897, précité. — Amiens, 16 nov. 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 895. — Paris, 6 avril 1903, D., 1904. 2. 273, note de M. Leloir. — Alger, 17 fév. 1904, *J. Clunet*, 1905, p. 209. — Cpr. Alger, 24 juill. 1882, *J. Clunet*, 1884, p. 191. — Civ. cass., 20 fév. 1901, S., 1902. 1. 281, note de M. Audinet, D., 1902. 1. 9. — Paris, 17 mars 1902, D., 1903. 2. 49. — Cf. Weiss, p. 785.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 144, n. 36, et p. 146, n. 45; Demolombe, I, n. 261; Beudant, I, n. 90; Fœlix, I, n. 162; Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, n. 59; Féraud-Giraud, *op. cit.*, p. 169, et *J. Clunet*, 1885, p. 393; Fuzier-Herman, art. 15, n. 37 s. — Alger, 6 juin 1870, S., 71. 2. 45, D., 70. 2. 214. — Paris, 20 avril 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 300. — Besançon, 30 nov. 1887, S., 90. 2. 59, D., 88. 2. 113, note de M. Boeck. — Paris, 27 avril 1888, S., 89. 2. 9, D., 88. 2. 241. — Paris, 6 juin 1888, D., 90. 2. 333. — Paris, 26 mars 1889, S., 89. 2. 116, D., 90. 2. 128. — Paris, 31 oct. 1890, S., 92. 2. 239, D., 91. 2. 199 et note. — Paris, 12 mars 1891, S., 92. 2. 235, D., 92. 2. 324. — Paris, 26 fév. 1895, précité. — Alger, 7 mars 1898, D., 99. 2. 377. — Civ. cass., 20 fév. 1901, S., 1902. 1. 281, note de M. Audinet, D., 1902. 1. 9. — Paris, 5 déc. 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 616. — Trib. paix de Paris (16e arr.), 10 juill. 1903, *J. Clunet*, 1904, p. 356. — Alger, 17 fév. 1904, *J. Clunet*, 1905. 1. 209. — Cf. cep. pour la provision *ad litem*, Paris, 26 mars 1889 et 31 oct. 1890, précités. — Cpr. Laurent, I, n. 441; Weiss, p. 781 et 782; Despagnet, n. 183-7°; Surville et Arthuys, n. 408; Chavegrin, *Rev. crit.*, 1883, XII, p. 506 s.; Renault, *Rev. crit.*, 1885, XIV, p. 579.

D'autre part, et cette compétence exceptionnelle en matière de questions d'état s'explique alors par d'autres motifs, il est encore compétent pour statuer sur la demande en nullité de mariage formée par une ancienne Française, devenue étrangère par son union avec un étranger : c'est que la nationalité étrangère de la femme est alors elle-même en cause [1]. Exceptionnellement enfin le juge français est compétent pour statuer sur les questions d'état soulevées à l'occasion d'une demande dont il est valablement saisi [2].

697. 1° Lorsqu'il s'agit d'une contestation commerciale qui puisse, par application de l'art. **420** C. pr., être régulièrement portée devant un tribunal français, soit parce que le défendeur est domicilié dans son ressort, soit parce que la promesse y a été faite et la marchandise livrée, soit enfin parce que le paiement doit y être effectué [3]. La jurisprudence s'inspire à cet égard d'une tradition qui remonte au moins aux ordonnances de **1673** et de **1681**, et qui s'exprimait dans le vieil adage : « nul, en tant que commerçant, n'est étranger en France. » En dehors des trois cas prévus par l'article précité, les tribunaux français redeviennent incompétents [4].

[1] Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 144, n. 38; Despagnet, n. 183-7°; Tambour, *Rev. crit.*, 1868, XXXII, p. 491; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 151. — Paris, 2 mars 1868, S., 69. 2. 332. — Lyon, 21 juin 1871, S., 72. 2. 201. — Paris, 28 mai 1880, *J. Clunet*, 1880, p. 300.

[2] Req. rej., 15 avril 1861, S., 61. 1. 722, D., 61. 1. 420. — Lyon, 21 juin 1871, précité. — Grenoble, 26 oct. 1897, D., 98. 2. 456. — Cpr. Civ. cass., 20 fév. 1901, précité.

[3] Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 2; Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 146, n. 46; Demolombe, I, n. 261-3°; Demante, I, n. 45 *bis*, IV; Beudant, I, n. 90; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, V, n. 1477; Fuzier-Herman, art. 15, n. 62 s.; Trochon, p. 270. — Civ. rej., 9 mars 1863, S., 63. 1. 225, D., 63. 1. 176. — Req. rej., 22 nov. 1875, S., 76. 1. 213. — Chambéry, 11 fév. 1880, S., 81. 2. 237. — Req. rej., 19 déc. 1881, *J. Clunet*, 1882, p. 288, note de Demangeat, P., 83. 139, D., 82. 1. 272. — Aix, 12 janv. 1882, *J. Clunet*, 1883, p. 385. — Bordeaux, 10 avril 1883, S., 83. 2. 160. — Trib. Seine, 26 juin 1888, *La Loi*, 21 juill. — Montpellier, 26 juill. 1895, D., 98. 2. 28. — Trib. Brest, 4 sept. 1897, *J. Clunet*, 1899, p. 998. — Bordeaux, 1er juin 1898, *J. Clunet*, 1898, p. 1056. — Trib. comm. Seine, 8 juill. 1898, *J. Clunet*, 1900, p. 782. — Trib. comm. Nantes, 27 juin 1902, *J. Clunet*, 1903, p. 339. — Paris, 14 mars 1905, *J. Clunet*, 1905, p. 356. — Civ. cass., 5 juin 1905, S., 1905. 1. 305, note de M. Lyon-Caen. — Cf. Massé, *Droit comm.*, I, n. 658; Weiss, p. 782 et 783; Despagnet, n. 183-6°; Surville et Arthuys, n. 408.

[4] Pau, 2 fév. 1870, S., 70. 2. 139.

698. 5° Lorsqu'une demande en intervention est formée par un étranger au cours d'un procès régulièrement engagé en France entre un Français et un étranger et auquel elle se rattache. Ainsi l'exige la connexité des deux demandes [1].

Il en est de même de la demande en garantie formée par un étranger, actionné en France, contre un autre étranger, du moins si celui-ci peut être considéré comme ayant pris part à l'acte qui a donné naissance à la demande principale. C'est à cette condition que la jurisprudence tend à subordonner en l'espèce la compétence des tribunaux français [2].

699. 6° Lorsqu'une saisie-arrêt est pratiquée en France par un étranger au préjudice d'un autre étranger. Cette saisie-arrêt peut d'abord être autorisée par le juge français lorsque le créancier n'a pas de titre, et cela à raison du caractère conservatoire de l'opposition [3]. Et ce juge peut aussi, par le même motif, même en dehors des cas où il est compétemment saisi des contestations entre étrangers, statuer sur la demande en validité de la saisie, immédiatement quant à la forme, et seulement, pour le fond, après que le tribunal étranger compétent a reconnu, s'il y a lieu, l'existence de la créance du saisissant [4]. C'est dire que le tribunal français

(1) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 147, n. 49; Fuzier-Herman, art. 15, n. 78. — Civ. cass., 7 juil. 1845, S., 45. 1. 738, D., 45. 1. 334. — Req. rej., 1er avril 1873, D., 73. 1. 101. — Cf. Weiss, p. 784; Despagnet, n. 183-8°; Surville et Arthuys, n. 408.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 147 et 148, n. 50 et 51; Fuzier-Herman, art. 15, n. 80 s. — Douai, 10 mars 1870, S., 70. 2. 288, D., 70. 2. 158. — Cpr. Civ. rej., 17 juil. 1877, S., 77. 1. 449 et note, D., 78. 1. 366. — Civ. cass., 15 janv. 1878, S., 78. 1. 300, D., 78. 1. 171. — Aix, 1er avril 1879, *J. Clunet*, 1880, p. 577. — Paris, 17 déc. 1885, *J. Clunet*, 1886, p. 209. — Montpellier, 6 juin 1895, *J. Clunet*, 1896, p. 142. — Cf. Weiss, p. 784; Despagnet, n. 183-8°; Demangeat, *J. Clunet*, 1877, p. 109; Chausse, *Rev. crit.*, 1886, XV, p. 679.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 149, n. 57, et p. 150. — Paris, 8 avril 1874, S., 76, 2. 144, note de M. Dubois, D., 76. 2. 99. — Trib. Bordeaux, 21 janv. 1895, J. *Clunet*, 1897, p. 360. — Trib. Seine, 12 juil. 1899, *J. Clunet*, 1900, p. 154.

(4) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 150, n. 58 et 59; Fuzier-Herman, art. 15, n. 61. — Civ. rej., 23 mars 1868, S., 68. 1. 328, D., 68. 1. 369, note de M. Griolet. — Paris, 8 avril 1874, précité. — Paris, 28 déc. 1887, *Le Droit*, 8 janv. 1888. — Trib. Bordeaux, 21 janv. 1895, précité. — Trib. Le Havre, 14 mai 1897, J. *Clunet*, 1898, p. 565. — Paris, 19 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 1088. — Trib. Seine, 12 juill. 1899, précité. — *Contra :* Douai, 12 juill. 1844, S., 44. 2. 491, D., 44. 2. 149. — Cf. Demangeat sur Fœlix, I, n. 162 et 163; Weiss, p. 782, note 6; Surville

ne devrait pas surseoir à statuer si l'opposant était porteur d'un titre exécutoire, émané d'une autorité française ou étrangère, sauf, dans le dernier cas, à lui conférer préalablement l'exéquatur (1).

700. 7° Lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire en France un jugement rendu par une juridiction étrangère au profit d'un étranger contre un autre étranger, ou un acte reçu dans les mêmes conditions par une autorité étrangère (2). Dénier compétence en cette hypothèse aux juges français, évidemment seuls compétents pour conférer l'exéquatur, qui est essentiellement un acte de souveraineté, c'eût été rendre impossible toute exécution en France du titre étranger : il importe peu, de ce point de vue, qu'il n'intéresse que des étrangers. Mais comme, dans le système de la jurisprudence, l'exéquatur n'est accordé qu'après révision du procès quant au fond, il se produit cette singularité que les juges français, qui ne sont pas, prétend-on, compétents pour statuer directement sur le litige, sont finalement obligés tout de même d'en connaître.

701. 8° Enfin, après avoir longtemps décidé que l'établissement en France, par un étranger, de son domicile sans autorisation n'est pas attributif de compétence (3), la jurisprudence considère de plus en plus comme tel ce domicile, quoiqu'elle le qualifie de domicile de fait (4). Cette tendance

et Arthuys, n. 408; Gerbaut, n. 328 s.; Bonfils, n. 205; Massé, *Dr. comm.*, I, n. 668; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 202 et 203; Trochon, p. 244; Féraud-Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 234 s.

(1) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 150, n. 57.

(2) Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 149 5°. — Civ. cass., 10 mars 1863, S., 63. 1. 293, D., 70. 1. 83 et note. — Paris, 22 fév. 1869, S., 69. 2. 144, D., 70. 2. 186. — Paris, 19 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 6 fév. 1889. — Cf. Weiss, p. 783; Bonfils, n. 208; Trochon, p. 303.

(3) Req. rej., 10 mars 1858, S., 58. 1. 529, D., 59. 1. 313 et note. — Civ. cass., 5 mai 1875, S., 75. 1. 409, D., 75. 1. 343. — Paris, 13 mars 1879, S., 79. 2. 299 et note, D., 80. 2. 113. — Trib. Seine, 7 mai 1885, *J. Clunet*, 1886, p. 84. — Trib. Seine, 12 fév. 1887, *eod. op.*, 1887, p. 314.

(4) Req. rej., 7 mars 1870, S., 72. 1. 361, D., 72. 1. 326. — Req. rej., 7 juill. 1874, S., 75. 1. 19, rapp. de M. Alméras Latour, D., 75. 1. 271. — Paris, 6 juill. 1886, *J. Clunet*, 1886, p. 192 et 328. — Req. rej., 29 juill. 1890, *J. Clunet*, 1890, p. 900. — Paris, 27 fév. et 12 mars 1891, *Le Droit*, 18 et 19 mars. — Paris, 14 janv. 1896, *J. Clunet*, 1896, p. 149. — Paris, 20 mars 1896, *J. Clunet*, 1896,

est surtout accentuée dans le cas où l'étranger n'a pas conservé dans son pays de domicile véritable, et dans celui où il y a un doute sur l'existence du domicile que le défendeur prétend toujours avoir à l'étranger [1] : on ne veut pas en effet qu'en pareille hypothèse le demandeur soit, contre toute justice, placé dans l'impossibilité de trouver des juges. Si la jurisprudence persiste dans la voie où elle s'est ainsi engagée, elle sera tout naturellement conduite à une théorie plus libérale. En se préoccupant en effet de plus en plus du domicile et de moins en moins de l'extranéité des plaideurs, elle doit logiquement en venir à reconnaître que la compétence de nos juges, en matière de contestations entre étrangers, est uniquement déterminée par les règles du droit commun, quelle que soit la nature de ces contestations.

702. Dans tous les cas qui viennent d'être énumérés les tribunaux français sont, d'après le système de la jurisprudence, obligatoirement compétents, en ce sens qu'il ne dépend pas d'eux de renvoyer les parties devant les juges étrangers. Sont-ils maintenant, en dehors de ces mêmes cas, obligatoirement incompétents, en ce sens qu'ils soient absolument tenus de se dessaisir du litige porté devant eux ? Telle semblerait devoir être la conséquence logique des arguments invoqués à

p. 402. — Trib. corr. Seine, 18 fév. 1899, *J. Clunet,* 1899, p. 369. — Trib. com. Marseille, 28 août 1900, *J. Clunet*, 1902, p. 323. — Douai, 18 nov. 1901, *J. Clunet,* 1902, p. 1043. — En ce sens, Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis,* p. 146, n. 42 ; Fuzier-Herman, art. 13, n. 34, et art. 15, n. 85 s. — Le Tribunal de la Seine a même décidé qu'à défaut de domicile la résidence du défendeur en France suffit (6 août 1884, *J. Clunet,* 1885, p. 498, et 3 mai 1890, *eod. loc.*, 1890, p. 865). — Cpr. Demolombe, I, n. 268 ; Féraud Giraud, *J. Clunet*, 1880, p. 125 s. — Cf. Fœlix, I, n. 152 ; Weiss, I, p. 778 ; Despagnet, n. 183-2°. — Cpr., sur la possibilité de faire les significations d'actes au domicile de fait, Civ. cass., 28 juill. 1902, D., 1902. 1. 398.

[1] Req. rej., 8 avril 1851, S., 51. 1. 335, D., 51. 1. 137. — Dijon, 7 avril 1887, S., 88. 2. 93. — Paris, 5 déc 1890 et 18 mai 1892, S., 92. 2. 233, note de M. Pillet, 93. 2. 20, D., 92. 2. 320, note de M. Boeck, 92. 5. 298. — Paris, 5 janv. 1893, *J. Clunet,* 1893, p. 373. — Paris, 12 déc. 1893, D., 95. 2. 316. — Lyon, 19 mars 1894, S., 95. 2. 298. — Paris, 20 juin 1894, sous Cass., S., 96. 1. 401, D., 96. 1. 377, note de M. Pillet. — Paris, 7 déc. 1894, *J. Clunet,* 1895, p. 97. — Trib. Seine, 12 janv. 1898, *J. Clunet,* 1900, p. 132. — Paris, 23 mars 1899, D., 1900. 2. 21. *J. Clunet,* 1899, p. 791. — Cf. Chavegrin, *J. Clunet*, 1885, p. 155 ; Féraud-Giraud, *eod. op* , 1885, p. 391.

l'appui de ce système ; mais ses partisans n'ont pas cru, très heureusement, devoir s'y tenir, ce qui enlève à leur doctrine beaucoup de sa sévérité.

A leurs yeux, l'incompétence résultant de l'extranéité n'est pas, du moins en principe, une incompétence absolue et d'ordre public, mais seulement une incompétence relative et facultative. Les tribunaux français ne sont pas institués pour rendre la justice aux étrangers : aussi ont-ils la faculté, en dehors des cas qui ont été déterminés, de se déclarer incompétents. Mais ce n'est pas pour eux une obligation, et il leur est loisible de statuer, lorsque d'ailleurs les parties ont consenti à être jugées par le tribunal devant lequel elles sont en instance (1). Il est pourtant remarquable que d'après certaines décisions judiciaires (2), plus logiques mais aussi plus rigoureuses, le caractère de l'incompétence serait absolu, en sorte notamment que les parties pourraient s'en prévaloir en tout état de cause. Comment pourrait-il dépendre en effet de leur volonté de s'octroyer par leur silence, même avec l'assentiment de la juridiction saisie, un droit dont on prétend que le législateur a voulu les priver (3) ?

703. Quoi qu'il en soit, on décide très généralement que l'incompétence de nos tribunaux n'est que facultative. La règle ainsi posée comprend les deux suivantes :

1° Les parties peuvent, soit expressément, soit tacitement, accepter la compétence de la juridiction française (4). Et cette acceptation est tacite spécialement dans le cas où l'acte qui donne lieu à la difficulté contient une élection de domicile en

(1) Req. rej., 10 mars 1858, S., 58. 1. 529, D., 58. 1. 313 et note. — Paris, 7 mai 1875, sous Cass., S., 81. 1. 397, D., 76. 2. 137. — Civ. cass., 4 fév. 1891, S., 91. 1. 449, concl. de M. Desjardins et note de M. Meynial, D., 91. 1. 113 et note. — Paris, 6 mai 1897, D., 98. 2. 519. — Trib. Nice, 14 juin 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 722. — Nancy, 23 mai 1900, D., 1900. 2. 497. — Alger, 9 mars 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 673.

(2) Alger, 4 mars 1874, S., 74. 2. 103, D., 75. 2. 62. — Paris, 24 août 1875, S., 76. 2. 212. — Trib. Narbonne, 25 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 131.

(3) Cf. Laurent, I, n. 442 ; Weiss, p. 785 et 786 ; Despagnet, n. 184 ; Glasson, *J. Clunet*, 1881, p. 109.

(4) Paris, 31 oct. 1890, S., 92. 2. 239, D., 91. 2. 199. — Paris, 26 fév. 1891, S., 92. 2. 237, D., 92. 2. 321, note de M. de Boeck. — Paris, 18 mai 1901, *J. Clunet*, 1902, p. 575, et 1903, p. 613.

France [1], comme aussi dans celui où, passé en France, il doit y être exécuté [2]. Elle l'est encore lorsque le défendeur étranger, traduit devant un tribunal français, a négligé d'opposer l'exception d'incompétence *in limine litis* (arg. art. 169, C. pr.) [3]. *A fortiori* cette exception ne saurait-elle être proposée en appel ou en cassation : l'incompétence est couverte pour toute la durée du procès, quelles qu'en soient les différentes phases, par le silence du défendeur, qui implique renonciation absolue au droit de l'invoquer [4].

704. Cette exception ne saurait non plus être proposée, d'après une jurisprudence très bien établie [5], par un défendeur qui ne pourrait rapporter la preuve de l'existence de son domicile à l'étranger. Sans quoi le demandeur serait partout placé dans l'impossibilité de se faire rendre justice.

705. Que si le déclinatoire d'incompétence, régulièrement formé par le défendeur, n'est pas admis par le tribunal français, la décision qui le rejette ne peut qu'être déférée à la juridiction d'appel, sans qu'il puisse y avoir lieu, par application de l'ordonnance d'août **1737** (titre II, art. **19**), à un règlement de juges, du moins lorsque le défendeur a conclu à son renvoi devant une juridiction étrangère [6]. Le règle-

(1) Trib. Seine, 26 juill. 1879, S., 80. 2. 218, D., 80. 3. 39. — Douai, 15 fév. 1886, *J. Clunet,* 1886, p. 349. — Cf. Chausse, *Rev. crit.,* 1887, XVI, p. 291.

(2) Req. rej., 8 avril 1851, S., 51. 1. 335, D., 51. 1. 137. — Trib. Seine, 12 fév. 1887, *J. Clunet,* 1887, p. 314. — Montpellier, 9 mai 1890, D., 91. 2. 197.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 2, *in fine;* Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 148, n. 52-54; Demolombe, I, n. 261-4°; Fuzier-Herman, art. 15, n. 100. — Req. rej., 5 mars 1879, S., 79. 1. 208, D., 80. 1. 9, rapp. de M. Féraud-Giraud. — Paris, 26 fév. 1891, précité. — Alger, 13 janv. 1892, S., 92. 2. 152, D., 92. 2. 479. — Trib. Bordeaux, 14 juin 1893, sous Cass., S., 97. 1. 169, D., 97. 1. 137. — Aix, 3 janv. 1894, S., 94. 2. 81, D., 95. 2. 36. — Civ. cass., 16 juill. 1894, S., 94. 1. 457, D., 95. 1. 169. — Paris, 6 mai 1897, précité. — Nancy, 23 mai 1900, précité. — Cf. Weiss, p. 786 et 787; Despagnet, n. 184, 1° et 2°; Surville et Arthuys, n. 409; Bonfils, *Traité de pr. civ.,* n. 519.

(4) Cf. Weiss, *loc. cit.;* Despagnet, *loc. cit.;* Fuzier-Herman, art. 15, n. 101. — Req. rej., 15 avril 1861, S., 61. 1. 721, D., 61. 1. 420. — Alger, 24 juill. 1882, S., 84. 2. 27.

(5) Paris, 19 déc. 1876, *J. Clunet,* 1877, p. 39. — Trib. Seine, 21 janv. 1885, *J. Clunet,* 1885, p. 176. — Paris, 8 août, 4 nov. 1890 et 12 mars 1891, S., 92. 2. 235, D., 91. 2. 197, et 90. 2. 324, et les arrêts cités p. 701, note 1. — Cf. Weiss, p. 778, note 5; Fuzier-Herman, art. 15, n. 87.

(6) Cf. Req. rej., 27 janv. 1847, S., 47. 1. 818, D., 47. 1. 183. — Weiss, p. 787; Despagnet, n. 184.

ment de juges suppose en effet que les juridictions entre lesquelles la cour de cassation a à se prononcer relèvent toutes deux de son autorité, c'est-à-dire sont toutes deux françaises, ce qui n'est pas le cas dans notre espèce.

706. 2° Lors même que les parties se soumettent à la juridiction française, celle-ci peut se déclarer d'office incompétente [1]. Il dépend d'elle en effet d'accepter ou de refuser la mission qui lui est offerte, mais que la loi, dans le système de la jurisprudence, ne lui impose pas. On induit toutefois de l'art. 7 C. pr. que cette faculté n'appartient pas à un juge de paix, parce que, dit-on, cette disposition, qui l'oblige à statuer sur le différend des parties, quoiqu'il ne soit pas leur juge naturel, ne distingue pas entre le cas où l'une au moins est Française et celui où elles sont toutes deux de nationalité étrangère [2]. Mais cette décision n'est évidemment, de la part des partisans du système, qu'une inconséquence, car l'art. 7 ne contient qu'une exception à la règle des art. 2 et 3 C. pr. et ne déroge nullement d'une façon explicite au prétendu principe de l'incompétence des juges français en matière de contestations entre étrangers. Comme les art. 2 et 3, comme l'art. 59 lui-même, il devrait être considéré, dans l'opinion que nous avons repoussée, comme supposant, sans le dire, que l'une des parties au moins est Française, puisque la justice n'est due, prétend-on, qu'aux nationaux.

707. Telle est, dans ses éléments essentiels, la théorie de la jurisprudence. Par les tempéraments et les correctifs apportés au soi-disant principe sur lequel elle repose, elle devient assez complexe pour arriver à donner, dans une assez large mesure, satisfaction aux besoins de la pratique. Mais, même ainsi amendée, il faut lui préférer, comme étant plus simple, plus nette et comme s'inspirant de principes à la fois plus

[1] Aubry et Rau, VIII, § 748 *bis*, p. 148, n. 55 : Demolombe, I, n. 261-4°; Fuzier-Herman, art. 15, n. 102. — Civ. rej., 17 juill. 1877, S., 77. 1. 449 et note, D., 78. 1. 366. — Civ. cass., 4 fev. 1891, S., 91. 1. 449, concl. de M. Desjardins et note de M. Meynial, D., 91. 1. 113. — Orléans, 16 mars 1892, S., 92. 2. 105, D., 92. 2. 190. — Cpr. Alger, 9 mars 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 673. — Trib. comm. Seine, 10 mars 1904, *J. Clunet*, 1904, p. 379. — Cf. Weiss, p. 788; Despagnet, n. 184-3°; Surville et Arthuys, n. 409.

[2] Cf. Despagnet, n. 184.

juridiques et plus libéraux, la doctrine d'après laquelle les tribunaux français sont compétents conformément au droit commun, en matière de contestations entre étrangers.

CHAPITRE II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

708. La privation totale ou partielle des droits « civils » peut résulter de deux causes : la perte de la qualité de Français et certaines condamnations judiciaires. De ces deux causes, la première a été étudiée avec la théorie de la nationalité. Les développements qui suivent doivent donc être exclusivement consacrés à la seconde.

De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires (1).

709. Certaines condamnations prononcées à raison d'infractions à la loi pénale portent atteinte aux droits civils du condamné (2). Cette atteinte consiste, tantôt dans la privation de la jouissance même des droits, tantôt dans une simple incapacité d'exercice.

Cette privation peut être, du reste, soit le résultat direct et exclusif de la condamnation, qui a pour but unique de priver le condamné de ses droits civils (et en partie de ses droits publics), auquel cas la privation est prononcée comme peine principale; soit la conséquence d'une condamnation à une autre peine, celle-ci principale : on dit alors que cette privation est encourue à titre de peine accessoire. Il y a, d'autre part, deux sortes de peines accessoires : les unes sont encou-

(1) Hanin, *Des conséq. des cond. pénales relativement à la capacité des personnes,* Paris, 1848; Humbert, *Des conséq. des cond. pénales relativement à la capacité des personnes,* Paris, 1855; Bertauld, *Questions controv. sur la loi du 31 mai 1854,* Paris, 1857; Nusse, *Etude sur les droits civils des condamnés,* Paris, 1876; Depeiges, *Etude sur les effets civils des cond. pénales* (Thèse, Paris), 1888.

(2) Sur les condamnations qui emportent déchéance de la puissance paternelle, cf. les lois des 24 juill. 1889 et 19 avril 1898, au titre « *de la puissance paternelle* », et aussi les art. 334 et 335 C. pén.

rues par le condamné de plein droit, sans que le juge ait à les prononcer et la loi les rattache elle-même à la peine principale comme appoint : ce sont les peines accessoires proprement dites ; les autres doivent être, au contraire, expressément prononcées par le juge, et on leur réserve le nom de peines complémentaires [1].

Enfin cette privation de droits est tantôt temporaire, tantôt perpétuelle, du moins en principe, car certains événements peuvent y mettre fin avant la mort du condamné.

710. Il faut rechercher maintenant quelle atteinte les différentes condamnations pénales portent aux droits civils de ceux qui les ont encourues.

Les condamnations à des peines de simple police laissent ces droits absolument intacts. C'est tout simple, car elles sont prononcées à raison de faits sans gravité, et la privation, même partielle, des droits civils, ajoutée comme appoint à la condamnation, aurait dépassé la juste mesure.

711. Les condamnations à des peines correctionnelles laissent également intacts, en principe, les droits civils du condamné. Cette règle ne souffre qu'une exception : en effet il n'existe, en matière correctionnelle, qu'une seule peine privative de droits, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Cette interdiction est toujours une peine complémentaire. D'une part, elle se rattache toujours, comme appoint de pénalité, à une autre peine, celle-là principale. D'autre part, elle n'est jamais encourue de plein droit, comme conséquence de la condamnation à une autre peine correctionnelle : il faut qu'elle soit prononcée par le juge, et celui-ci ne peut la prononcer que dans les cas exprimés par la loi, qui tantôt lui impose à cet égard une obligation et tantôt lui accorde une simple faculté (art. 43 C. pén.) [2].

712. La loi énumère les droits civiques, civils ou de famille dont cette interdiction peut entraîner la privation. Ce sont les droits suivants (art. 42 C. pén.) « *1° de vote et d'élection ;* » *2° d'éligibilité ; 3° d'être appelé ou nommé aux fonctions de*

[1] Vidal, *Cours de dr. crim. et de science pénit.*, 2e éd., n. 447.
[2] Vidal, n. 552. — Conseil d'Etat, 11 mai 1900, S., 1902. 3. 87.

» *juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'admi-*
» *nistration ou d'exercer ces fonctions ou emplois ; 4° du port*
» *d'armes ; 5° de vote et de suffrage dans les délibérations de*
» *famille ; 6° d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants*
» *et sur l'avis seulement de la famille ; 7° d'être expert ou em-*
» *ployé comme témoin dans les actes ; 8° de témoignage en jus-*
» *tice, autrement que pour y faire de simples déclarations* ».

713. La personne contre laquelle est prononcée cette interdiction n'est pas d'ailleurs nécessairement privée de tous les droits qui viennent d'être énumérés, car la loi dit que le juge peut les lui interdire « en tout ou en partie »(art. 42 C. pén.). Il a donc la faculté de faire un choix entre ces différents droits, suivant la nature du délit à raison duquel la condamnation est prononcée, et d'en retirer certains seulement au condamné. En d'autres termes, la peine est divisible (1).

714. La privation des droits auxquels l'interdiction s'applique commence à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable (arg. art. 23 C. pén.) (2). Elle cesse à l'expiration du temps pour lequel elle a été prononcée (3). Dans les cas rares (4) où elle est perpétuelle, elle ne cesse normalement que par la mort du condamné. Mais dans tous les cas elle peut cesser par la réhabilitation ou par l'amnistie (5), tandis qu'au contraire ni la grâce (6), ni la prescription ne sauraient y mettre fin (7). Enfin, peut-être lorsque cette interdiction a été prononcée contre un relégué, le gouvernement peut-il, en vertu de l'art. 17 de la loi du 27 mai 1885, l'en relever en tout ou partie dans le lieu de la relégation (8).

715. La condamnation à une peine criminelle porte toujours atteinte aux droits civils du condamné. Il faut s'occu-

(1) Vidal, n. 553. — Cpr. Crim. cass., 30 avril 1863, S., 63. 1. 327.

(2) Aubry et Rau, I, § 85 *bis*, p. 576 ; Vidal, n. 555. — Cpr. Beudant, I, n. 63.

(3) Vidal, n. 554 et 556.

(4) Cf. art. 171 et 175 C. pén.

(5) Vidal, n. 551 et 556. — Crim. rej., 18 fév. 1864, S., 64. 1. 152, D., 64. 1. 196.

(6) Vidal, n. 551 et 556 ; Sermet, *Le droit de grâce*, thèse, Toulouse, 1901, p. 268 et 269. — Crim. cass., 30 janv. 1862, S., 62. 1. 222, D., 62. 1. 199 et note.

(7) Cf. Aubry et Rau, I, § 85 *bis*, p. 576, n. 7-9 ; Beudant, I, n. 62 et 63. — Cpr. Garraud, *Tr. théor. et prat. du droit pénal franç.*, 2e ed., 1898. II, n. 420. ; Vidal, n. 551 et 556.

(8) Aubry et Rau, I, § 85, p. 573, n. 19.

per successivement de la privation de ces droits suivant qu'elle est prononcée comme peine principale ou comme peine accessoire.

I. *Privation des droits civils prononcée comme peine principale.*

716. Il n'y a qu'une seule peine criminelle qui ait directement et exclusivement pour objet de priver le condamné de certains de ses droits : c'est la dégradation civique, peine infamante [1]. L'art. 34 C. pén. indique dans quelle mesure elle l'en prive : « *La dégradation civique consiste : — 1° dans la » destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, » emplois ou offices publics ; — 2° dans la privation du droit » de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les » droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune » décoration ; — 3° dans l'incapacité d'être juré, expert, d'être » employé comme témoin dans les actes, et de déposer en » justice autrement que pour y donner de simples renseigne- » ments ; — 4° dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil » de famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou con- » seil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et sur l'avis » conforme de la famille ; — 5° dans la privation du droit » de port d'armes, du droit de faire partie de la garde natio- » nale, de servir dans les armées françaises, de tenir école, ou » d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'ins- » truction, à titre de professeur, maître ou surveillant* » [2].

On voit que la dégradation civique prive celui qui en est frappé de tous ses droits politiques et d'un certain nombre de droits publics ; à cet égard elle entraîne plus d'incapacités que l'interdiction des droits civiques [3]. Comme celle-ci, elle lui enlève aussi la jouissance de certains de ses droits civils

[1] Une proposition de loi tendant à l'abolition de la dégradation civique a été déposée par M. Cruppi sur le bureau de la Chambre des députés, le 3 fév. 1905. Cf. *Lois nouvelles*, 1905, 2e partie, p. 54.

[2] De la dégradation civique il faut rapprocher la dégradation militaire, qui n'est, en réalité, qu'une sorte de forme de cette dégradation, avec un appareil extérieur d'exécution. Cf. Codes de justice militaire : armée de terre, art. 190 ; armée de mer, art. 242.

[3] Garraud, II, n. 420-4° ; Vidal, n. 549 et 553.

et de famille, et pas seulement leur exercice, car il s'agit de droits qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal. Quant à l'étendue de cette privation, elle est nettement précisée par l'art. 34-4° C. pén. [1]. Il y aura lieu toutefois de rechercher, à propos de l'art. 221 C. civ., si le dégradé perd, comme étant frappé d'une condamnation emportant peine infamante, et pendant la durée de celle-ci, la puissance maritale [2].

717. A la différence de l'interdiction des droits civiques, la dégradation constitue une peine indivisible : toutes les incapacités qu'elle entraîne atteignent en bloc le condamné, sans qu'il soit au pouvoir du juge de lui épargner certaines d'entre elles. Aussi n'est-ce pas sans raison que certains esprits ont reproché à cette peine son défaut d'élasticité et fait ressortir la supériorité, à ce point de vue, de l'interdiction civique [3].

718. A partir de quel moment la dégradation civique est-elle encourue ? En cas de condamnation contradictoire, c'est-à-dire si la condamnation a été prononcée contre un accusé présent, elle est encourue du jour où celle-ci est devenue irrévocable : or la condamnation est irrévocable à compter du jour où le pourvoi en cassation formé par le condamné a été rejeté, et, s'il ne s'est pas pourvu en cassation, à dater de l'expiration du délai de trois jours qui lui est accordé pour se pourvoir (art. 373 et 375 C. I. cr.). Si, au contraire, la condamnation est par contumace, c'est à-dire si elle est intervenue contre un accusé absent, la dégradation civique est encourue du jour de l'exécution par effigie. Cette double règle, posée par l'art. 28 C. pén. pour le cas où la dégradation est l'accessoire d'une peine criminelle temporaire, est évidemment applicable, par identité de motifs, à tous les cas où elle est encourue [4]. — Quant à l'exécution par effigie, qui consistait autrefois dans l'exposition publique d'un

(1) Cf. art. 443 et 445 C. civ. ; Demante, I, n. 69 ; Garraud, II, n. 418.

(2) Cf. notre tome III, n. 2290.

(3) Garraud, II, n. 419 ; Vidal, n. 549. — Cette peine est divisible d'après le code pénal belge de 1867, art. 19 et 31 à 33.

(4) Aubry et Rau, I, § 85 *bis*, p. 574, note 2 ; Demante, I, n. 77 et 77 *bis*. — Cpr. Vidal, n. 550.

tableau représentant le contumax et au bas duquel était transcrit le jugement de condamnation, elle résulte aujourd'hui de l'accomplissement des formalités réglées par l'art. 472 C. I. cr., c'est-à-dire de l'insertion dans certaines feuilles et de l'affichage en certains lieux d'un extrait de ce jugement.

719. La durée de la dégradation civique est indéfinie : le juge ne peut pas la prononcer pour un certain temps [1], et elle dure autant que la vie du condamné. Toutefois, par application des principes ordinaires, la réhabilitation et l'amnistie y mettent fin [2]. Il est également certain qu'elle est anéantie, en même temps que l'arrêt de condamnation lui-même, lorsque la contumace est purgée (art. 476 C. I. cr.).

720. La dégradation civique, prononcée comme peine principale, peut-elle cesser par la grâce? On répond très généralement à cette question par la négative [3]. Quelques auteurs cependant se décident en sens contraire [4], et leur opinion peut se défendre par des arguments qui ne manquent pas de gravité. Ils demandent en effet pourquoi la dégradation, qui est une peine véritable (art. 8 C. pen.), ne pourrait pas être « l'objet direct et spécial d'une grâce » et pourquoi « le droit de grâce serait borné dans son application à une peine quelconque ». Il est vrai qu'un avis du Conseil d'État du 8 janvier 1823 déclare que les lettres de grâce ne peuvent, quand même elles contiendraient à cet égard une clause explicite, effacer les incapacités dont la loi pénale frappe jusqu'à réhabilitation les condamnés à des peines afflictives temporaires ou à des peines infamantes. Mais ces incapacités forment, dans le cas qui nous occupe, la peine elle-même [5].

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 574, n. 2 *ter;* Vidal, n. 548. — Crim. cass., 31 mars 1842, S., 42. 1. 987.

(2) Aubry et Rau, I, § 85 *bis*, p. 574; Demolombe, I, n. 191; Demante, I, n. 78 *bis*, I; Beudant, I, n. 64; Garraud, II, n. 418; Vidal, n. 551.

(3) Cf. les autorités citées à la note précédente, et Bertauld, *Cours de code pénal*, n° 64, p. 511; Molinier, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1850, XVII, p. 495; Sermet, *op. cit.*, p. 195 s.

(4) Demante, I, n. 78 *bis*, II, et n. 54 *bis*, II; Humbert, n. 412 et 413; Blanche, *Etud. prat. sur le Code pénal*, I, n. 164.

(5) La grâce peut s'appliquer à l'appareil particulier que prescrivent les codes de justice militaire pour l'exécution de la dégradation militaire. Cf. Sermet, *op. cit.*, p. 206 et 207.

721. On décide enfin unanimement que, malgré le principe général déposé dans l'art. 635 C. I. cr., la dégradation civique ne saurait être l'objet d'aucune prescription. Celle-ci reste sans influence sur les privations de droits [1].

II. *De la privation des droits civils encourue comme peine accessoire.*

722. Toutes les peines criminelles principales, en dehors de la dégradation civique, dont il vient d'être parlé, ont pour résultat de priver, de plein droit et par le seul effet de la condamnation, celui contre lequel elles ont été prononcées, d'une partie plus ou moins considérable de ses droits civils. Pour mesurer l'étendue de cette privation, il faut distinguer suivant qu'il s'agit de peines criminelles temporaires ou de peines criminelles perpétuelles.

1. Peines temporaires.

723. I. Toutes les peines criminelles temporaires (travaux forcés à temps, détention, réclusion, bannissement) entraînent de plein droit et comme accessoire la dégradation civique : elle est sous-entendue par la loi dans la condamnation et sans que le juge ait à en faire mention. « La condamnation à la peine des travaux forcés à temps, dit l'art. 28 C. pén., 1re partie, de la détention, de la réclusion ou du bannissement, emportera la dégradation civique. »

724. Peine accessoire, elle est gouvernée identiquement par les mêmes règles auxquelles elle est soumise comme peine principale. Elle a notamment les mêmes caractères d'indivisibilité et de perpétuité. A ce dernier point de vue, sa nature de peine accessoire soulève cependant deux questions particulières.

1° La dégradation civique, qui continue certainement à frapper le coupable après qu'il a subi sa peine principale, survit-elle aussi à la grâce qui lui fait remise de celle-ci ? Oui, de l'aveu de tout le monde, du moins lorsque les lettres de

[1] Cf. les autorités citées p. 710, note 2, et Demante, I, n. 78 *bis*, III.

grâce ne font pas mention de la dégradation civique [1]. On s'accorde même généralement à reconnaître que ces lettres seraient impuissantes à relever explicitement le condamné des déchéances qu'elle entraîne. Mais M. Demante s'élève contre cette solution, par une suite logique d'une idée déjà exposée [2].

2° La dégradation survit-elle pareillement à la prescription de la peine principale ? L'affirmative est acceptée par tous les auteurs (arg. art. 32 C. civ.) [3].

725. Il appartient d'ailleurs au gouvernement, aux termes de l'art. 12, 4e al., de la loi du 30 mai 1854, d'accorder aux condamnés aux travaux forcés à temps libérés, l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés par les 3e et 4e paragraphes de l'art. 34 du Code pénal.

726. II. Toutes les peines criminelles temporaires, à l'exception du bannissement, entraînent de plein droit l'interdiction légale du condamné pour toute la durée de sa peine. C'est ce qui résulte de l'art. 29, 1re partie, du Code pénal, ainsi conçu : « Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés » à temps, de la détention ou de la réclusion, sera, de plus, » pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale. »

727. Cette interdiction diffère de la dégradation civique en ce qu'elle ne prive le condamné que de l'exercice de certains de ses droits civils, tandis que la dégradation lui fait perdre la jouissance de certains autres. Ce sont donc ceux que cette dernière a laissés intacts que l'interdiction entame, quant à l'exercice du moins. Dans quelle mesure et dans quel but, la loi ne répond qu'insuffisamment à ces questions. Et de là le caractère indécis de cette institution, qui n'avait pas d'analogue dans notre ancien droit et qui a son origine dans le Code pénal de 1791 (tit. IV, art. 2) [4].

728. L'interdiction légale est attachée de plein droit à toute condamnation contradictoire à une peine criminelle temporaire autre que le bannissement. Le but même de cette insti-

[1] Cf. les autorités citées p. 710, note 2; Sermet, *op. cit.*, p. 268 et 269.
[2] I, n. 78 *bis*, II. — Cf. *supra*, n. 720.
[3] Cf. *supra*, n. 721.
[4] Garraud, II, n. 424.

tution commandait qu'il fût fait une exception en faveur du banni, auquel la loi, sans le priver de sa liberté physique, se borne à interdire le territoire national.

729. Suivant l'opinion qui a prévalu, l'interdiction n'est pas attachée aux condamnations par contumace (1). C'est ce qu'on peut induire en effet de l'art. 29 du Code pénal, d'après lequel le condamné est en état d'interdiction légale « pendant la durée de sa peine ». Ces expressions, qu'on a proposé tout à fait gratuitement de traduire par celles-ci : « tant que la peine n'est pas prescrite », témoignent que la loi a en vue un condamné subissant sa peine : or le contumax ne la subit pas et ne peut même pas la subir, car la condamnation qui le frappe n'est pas susceptible de s'exécuter, et elle est anéantie par cela seul que, de gré ou de force, il est placé sous la main de justice. Les biens du contumax sont du reste régis par l'administration des domaines comme biens d'absent, conformément aux art. 465 et 471 du code d'instruction criminelle (2). Le législateur n'avait donc pas à organiser, à côté de cette administration, une administration tutélaire, et à placer le condamné en état d'interdiction.

730. L'interdiction commence à dater du jour où la condamnation, dont elle résulte virtuellement, est devenue irrévocable (arg. art. 23 C. pén.) (3), et non pas seulement à dater du jour de l'exécution de la peine.

731. Sa durée est la même que celle de la peine : elle prend donc fin, de plein droit, par tout événement qui met fin légalement à la peine, non seulement par suite lorsque le condamné a subi celle-ci, mais encore lorsqu'il en est libéré par

(1) Aubry et Rau, I, § 84, p. 552 s., n. 4 s., et § 85, p. 562, n. 1 ; Demolombe, I, p. 340, *app.*, n. 9 ; Valette, *Explic. som.*, n. 20 ; Beudant, I, n. 64 ; Garraud, II, n. 426, *c*, et 428, *c ;* Vidal, n. 545 ; Humbert, n. 363 ; Hanin, n. 381 ; Demante, *Rev. crit.*, 1857, I, p. 77 ; Duranton, *Rev. prat.*, 1858, V, p. 5. — Crim. rej., 15 mai 1820, S., 20. 1. 331. — *Contra :* Bertauld, *Cours de code pénal* (4e éd.), p. 258 et 259, et *Rev. prat.*, 1857, III, p. 241 ; 1858, V, p. 131. M. Demante, qui professait la même opinion dans son *Cours analytique* (I, n. 79 *bis*, III), l'a abandonnée dans l'article précité.

(2) Sur cette administration, soit avant, soit après la condamnation du contumax, cf. Aubry et Rau, I, § 84, p. 550 s.

(3) Aubry et Rau, I, § 85, p. 563, n. 2 ; Demolombe, I, p. 339, *app.*, n. 8 ; Demante, I, n. 79 *bis*, III ; Garraud, II, n. 428 *b ;* Vidal, n. 545.

la prescription, par la grâce [1], ou par la commutation de sa peine en une autre n'emportant pas l'interdiction légale, à plus forte raison par l'amnistie [2]. Tout au contraire elle ne cesserait pas par son évasion, après qu'il a été condamné contradictoirement : d'une part, c'est illégalement qu'il s'est soustrait à sa peine, et, d'autre part, plus que jamais l'interdiction peut et doit l'empêcher de reconquérir pleinement sa liberté.

732. Quel est, en effet, le but de cette interdiction? Son but est d'empêcher le condamné de se procurer des ressources pécuniaires à l'aide desquelles il pourrait, soit adoucir les rigueurs de sa peine, soit surtout tenter de corrompre ses gardiens pour faciliter son évasion. Cette explication, puisée dans les travaux préparatoires et très généralement donnée, ne satisfait pourtant pas complètement M. Garraud [3]. Une bonne organisation du régime pénitentiaire aurait suffi, dit-il, à elle seule, pour prévenir ce double danger. Tout en s'en préoccupant, sans doute, ainsi que le prouvent les paroles prononcées dans la discussion [4], le législateur a surtout considéré que le condamné, qui n'a pas en fait l'administration de sa fortune tant qu'il subit sa peine, ne pourrait pas se servir de la capacité qu'on lui conserverait en droit : c'est pourquoi il la lui a retirée, et organisé dans l'interdiction légale « une incapacité de droit parallèle à l'incapacité de fait ». — Si tel était le principal fondement de l'interdiction légale, il ne nous paraîtrait pas, comme il paraît à M. Garraud, « justifier à la fois cette institution et en limiter la portée », du moins celle que tout le monde s'accorde à lui reconnaître. Rien, en fait, par exemple, n'eût véritablement empêché le condamné de disposer de ses biens, s'il en avait conservé en

[1] Mais il ne faut pas assimiler à la grâce la libération conditionnelle, qui n'est pas une remise de la peine, mais, au contraire, un mode particulier de son exécution. Vidal, p. 627, note 1. — Paris, 15 janv. 1904, S., 1904. 2. 185, note de M. Roux, D., 1904. 2. 129, note de M. Leloir. — Rouen, 5 nov. 1904, S., 1904. 2. 47.

[2] Aubry et Rau, I, § 85, p. 563, n. 3; Demolombe, I, p. 338, *app.*, n. 7; Demante, I, n. 79 *bis*, III; Garraud, II, n. 428 *b*; Vidal, n. 546. — Cpr. Sermet, *op. cit.*, p. 269.

[3] II, n. 425.

[4] Locré, *Lég.*, XXIX, p. 208, n. 23.

droit la capacité : pourquoi donc la lui retirer ? Il eût suffi, si la loi n'avait voulu que sauvegarder ses intérêts, de pourvoir à l'administration de ses biens. Si elle a fait plus, cela ne peut s'expliquer que par la prédominance, dans l'esprit de ses auteurs, des motifs que nous avons invoqués avec toute la doctrine.

733. Dans le but qu'on vient de voir, la loi retire donc au condamné l'administration de ses biens et la confie à un tuteur : « Il lui sera nommé, dit l'art. 29, 2e partie, du code pénal, un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits. » Ce texte et le nom même de l'interdiction prouvent que la personne interdite légalement est placée dans une situation analogue à celle de l'interdit judiciaire (1).

Ainsi la tutelle est organisée d'après les mêmes règles. Ainsi encore les pouvoirs et les obligations du tuteur sont les mêmes que ceux du tuteur d'un interdit judiciaire. Ils en diffèrent toutefois en ce que : 1° bien évidemment le tuteur de l'interdit légalement n'a pas mission de s'occuper de la personne de celui-ci, mais seulement de son patrimoine (2); 2° il ne peut, pendant la durée de la peine, remettre au condamné « aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus » (art. 31 C. pén.) (3). — Lorsque la tutelle cesse à l'expiration de la peine et que les biens du condamné lui sont remis, le tuteur lui rend compte de son administration (art. 30 C. pén.), d'après les règles ordinaires.

734. Quelles sont maintenant les limites de l'incapacité de la personne légalement interdite ? Elle ne peut d'abord accomplir, relativement à ses biens, les actes de simple administration, laquelle appartient certainement à son tuteur.

735. Il semble bien, à plus forte raison, que l'interdit ne puisse pas non plus accomplir d'actes de disposition, du moins entre vifs : une vente, une constitution d'hypothèque

(1) Cpr. Auby et Rau, I, § 85, p. 563 et 564, n. 5, 7 *bis* et 7 *ter;* Demante, I, n. 72 *bis*, I; Humbert, n. 317 *bis*.

(2) Garraud, II, n. 427, I, 1°.

(3) Cpr. art. 510 C. civ.

présenteraient plus de danger encore que les actes d'administration, puisqu'elles pourraient procurer au condamné des sommes plus importantes. C'est encore le tuteur, dont la gestion courrait sans cela risque d'être contrariée, qui accomplit ces actes pour lui, s'il y a lieu, en se munissant d'ailleurs des autorisations ordinaires, et en conformité des règles posées au titre « de la tutelle ». L'art. 29 C. pén. le donne déjà un peu à entendre lorsqu'il dit que le tuteur est chargé d'administrer et de gérer, car ce dernier mot semble lui reconnaître des pouvoirs plus larges que ceux d'un simple administrateur. En outre, si la loi a réglé très laconiquement le sort de l'interdit légalement, c'est évidemment qu'elle entendait lui faire, en principe, la même condition qu'à l'interdit judiciaire, qui ne peut très certainement pas disposer de ses biens. Or conçoit-on qu'elle l'eût permis au condamné, sans lui accorder expressément cette faculté, alors qu'elle a consacré une disposition spéciale (art. 31 C. pén.) à une question d'un intérêt secondaire [1]?

Certains auteurs, cependant, principalement parmi les criminalistes [2], prétendent que l'administration de son patrimoine est seule retirée au condamné. Ils se fondent sur le texte même de l'art. 29 C. pén., qui ne parle que de gestion et d'administration, et relèvent surtout la différence qui existe entre ce texte et l'art. 2 du titre IV du Code pénal de 1791, d'après lequel le condamné ne pouvait plus, « pendant la durée de la peine, exercer par lui-même aucun droit civil ». Si, disent ils, la disposition actuelle, copiée sur l'ancienne, n'a pas reproduit ce membre de phrase, qui avait l'avantage de ne prêter à aucune équivoque, c'est assurément qu'on a entendu réserver à l'interdit l'exercice de certains de ses droits civils, c'est-à-dire de tous ceux qui ne se réfèrent pas à l'administration de ses biens. — Nous répondrons que la nature même

[1] Aubry et Rau, I, § 85, p. 563, n. 4 et 5; Demolombe, I, n. 192; Duranton, I, n. 211; Valette sur Proudhon, II, p. 554; Demante, I, n. 79 *bis*, I; Huc, I, n. 306; Garraud, II, n. 427, I, 3°; Vidal, n. 544; Humbert, n. 323. — Req. rej., 25 janvier 1825, S., 25. 1. 345, D., 25. 1. 147. — Civ. cass., 27 fév. 1883, S., 84. 1. 65, concl. de M. Barbier et note de M. Villey, D., 83. 1. 113 et note.

[2] Toullier, VI, n. 111; Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pén.*, I, n. 105; Morin, *Dictionnaire de dr. crim.*, v° *Interdiction*, n. 2.

de l'institution qu'on qualifiait d'interdiction légale impliquait la privation des droits relatifs aux biens, et qu'il a pu dès lors paraître inutile aux rédacteurs du code pénal de 1810 d'énoncer formellement que le condamné n'en pouvait plus, en principe, exercer aucun. Quant au but de l'interdiction, on a déjà vu et on ne doit pas oublier qu'il exigeait impérieusement que cette privation fût à peu près complète.

736. Elle n'est pas absolument complète, en effet, même quant aux biens, du moins d'après l'opinion générale. Il est des droits dont l'exercice et la jouissance sont inséparables, en ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant légal du titulaire : tels les droits de faire un testament, de se marier, d'adopter, de reconnaître un enfant naturel. Ces droits, l'interdiction légale a-t-elle aussi pour résultat d'en priver le condamné ? On l'a soutenu [1], principalement par ce motif que la loi n'a organisé qu'une sorte d'interdiction, l'interdiction judiciaire, et que l'interdiction légale doit produire les mêmes effets, à moins de disposition contraire. Mais, outre que cette affirmation ainsi présentée est trop absolue, elle reste sans portée pour tous ceux qui, comme nous, estiment que l'interdit judiciaire lui-même n'est pas privé de la totalité de ses droits, et qu'il peut très valablement, dans un intervalle lucide, se marier, adopter et reconnaître un enfant naturel. Dans cette opinion, l'argument se retourne contre ceux qui l'invoquent. Et pour ceux-là mêmes qui la repoussent, il leur est très facile d'admettre et de comprendre que les deux interdictions, étant donné leurs buts tout différents, ne doivent pas produire absolument de tous points les mêmes effets. On ne voit pas du tout, par exemple, quel que soit le fondement qu'on assigne à l'interdiction légale, pourquoi le condamné ne pourrait pas se marier ou même tester. En quoi ces facultés empêchent-elles la peine de rester efficace ou fournissent-elles à celui qui la subit les moyens de s'y soustraire ?

[1] Duranton, VIII, n. 181 ; Boitard, *Leçons de Code pénal*, n. 88; Bertauld, *Cours de Code pénal* (4e éd.), p. 259; Molinier, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1850, XVII, p. 484. — Cpr. Demante, I, n. 79 *bis*, I.

Nous pensons donc, avec la majorité de la doctrine [1], que l'interdit légalement peut :

1° Reconnaître un enfant naturel [2].

2° Adopter ou être adopté.

3° Se marier, avec l'agrément de l'administration pénitentiaire, bien entendu, et consentir au mariage de ses enfants, à moins qu'il ne soit déchu de la puissance paternelle [3].

4° Disposer par testament [4]. Cette proposition paraît difficile à contester depuis la loi du 31 mai 1854. En effet l'art. 2 de cette loi déclare que les condamnés à des peines afflictives perpétuelles sont en état d'interdiction légale, et l'article suivant ajoute qu'ils ne peuvent pas disposer par testament. C'est donc alors que l'interdiction légale ne rend pas celui qu'elle frappe incapable de tester; autrement, l'art. 3 contiendrait une disposition surérogatoire.

737. Tous actes passés par la personne légalement interdite, en dehors des limites de sa capacité, sont nuls de droit (arg. art. 502 C. civ.). Il suffit donc de démontrer que ces actes ont été accomplis sous le coup de l'interdiction légale, pour que la justice soit tenue d'en prononcer la nullité, sans qu'elle puisse apprécier ces actes en eux-mêmes.

738. Mais qui peut en demander la nullité ?

L'interdit le pourrait seul, si on appliquait les principes de l'interdiction judiciaire (art. 1125 C. civ.), comme le veulent certains auteurs [5], aux yeux desquels la nullité n'est que relative, et les tiers n'auraient qu'à s'en prendre à eux-mêmes d'avoir traité avec un incapable, qu'ils savaient tel.

Cette nullité est, au contraire, absolue, suivant l'opinion

(1) Aubry et Rau, I, § 85, p. 563, n. 4; Demolombe, I, n. 192; Garraud, II, n. 427, II, 2°. — Cpr. Beudant, II, n. 978; Vidal, n. 544.

(2) Demante, I, n. 79 *bis*, I.

(3) Demante, *eod. loc.;* Valette sur Proudhon, II, p. 555. — Cf. notre tome III, n. 1465.

(4) Merlin, *Quest.*, v° *Testament*, § 3 *bis;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, I, n. 192; Garraud, *loc. cit.* — Colmar, 1er avril 1846, S., 46. 2. 625, D., 46. 2. 145. — Civ. cass., 27 fév. 1883, S., 84. 1. 65, concl. de M. Barbier et note de M. Villey, D., 83. 1. 113 et note. — *Contra :* Valette sur Proudhon, II, p. 555; Demante, *loc. cit.;* Duranton, VIII, n. 181.

(5) Demante, I, n. 79 *bis*, II; Boitard, *Leçons de Code pénal*, n. 88.

générale [1] : elle peut être proposée, non seulement par l'interdit légalement ou ses représentants, mais aussi par les personnes capables qui ont contracté avec lui. La raison en est que la nullité est établie contre l'interdit, pour l'empêcher de se procurer des ressources pécuniaires, et non en sa faveur. S'il pouvait seul la demander, le but de la loi pourrait n'être pas atteint, tandis qu'il le sera d'autant plus sûrement que plus de personnes pourront s'en prévaloir et que les tiers eux-mêmes auront le moyen d'échapper à l'exécution de leurs engagements. On comprend, à ce point de vue, que la loi n'ait réservé l'action en nullité, ni à l'interdit, qui aurait pu ne pas l'exercer, ni aux tiers, qui auraient alors traité en toute sécurité avec lui. Voilà donc un point sur lequel les principes de l'interdiction judiciaire, quoique ordinairement applicables à la matière, doivent, à raison même du but de notre institution, être écartés.

Notre solution comporte toutefois une restriction, admise par tous [2] : l'action en nullité devrait être refusée à l'interdit, s'il avait dissimulé son état aux tiers de bonne foi qui ont été en rapport avec lui. Ce serait là la réparation adéquate du préjudice qu'il leur aurait causé, ne fût-ce que par ses réticences.

739. Les rigueurs de l'interdiction légale peuvent être adoucies par le gouvernement en faveur des condamnés aux travaux forcés à temps qui subissent leur peine hors du territoire continental de la France.

L'art. 12, 1er et 2e al., de la loi du 30 mai 1854 [3] permet

[1] Aubry et Rau, I, § 85, p. 564, n. 6 ; Demolombe, I, n. 193 ; Valette sur Proudhon, II, p. 556 ; Planiol, I, n. 1630, et p. 656, note 1 ; Surville, I, n. 524-I ; Garraud, II, n. 427, II, 3° ; Vidal, n. 544 ; Humbert, n. 323 ; Hanin, n. 380. — Cf. Req. rej., 29 mars 1852, S., 52. 1. 385, D., 54. 1. 392.

[2] Aubry et Rau, I, § 85, p. 564, n. 7 ; Demolombe, Demante, Garraud, *loc. cit.* ; Nusse, n. 223. — Caen, 5 janv. 1843, *Recueil des arrêts de la Cour de Caen*, VIII, p. 178.

[3] Cf. aussi l'art. 17 de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes. La relégation n'entraînant par elle-même aucune privation de droits, il ne semble pas que cette disposition ait rien ajouté aux pouvoirs que le gouvernement, quant aux conséquences des condamnations qu'elle accompagne, puisait déjà dans les lois spéciales. Cf. cep. n. 714. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 573, n. 19 ; Garraud, II, n. 435, *d*.

en effet au gouvernement d'accorder aux condamnés, dans le lieu d'exécution de la peine, l'exercice de tout ou partie des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale, et même de les autoriser à jouir ou à disposer de tout ou partie de leurs biens. Mais, si les condamnés aux travaux forcés à temps peuvent être ainsi plus ou moins complètement relevés de leur incapacité, il faut remarquer : 1° qu'ils ne recouvrent leurs droits que dans la colonie pénitentiaire, et qu'ils restent incapables en dehors de celle-ci ; — 2° que, d'après la disposition précitée (al. 3), les actes faits par les condamnés dans la colonie jusqu'à leur libération ne peuvent engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation ou ceux qui leur sont échus par succession, donation ou testament, à l'exception des biens dont la remise leur a été faite.

740. On s'est demandé si la mesure ainsi prise en faveur d'un condamné par le gouvernement ne pourrait pas être révoquée. Nous inclinerions à penser qu'elle peut l'être. S'agit-il bien, en effet, comme on l'a dit, d'une mesure qui participe du caractère irrévocable de la grâce (1). N'est-ce pas plutôt une de ces faveurs qui peuvent être accordées au condamné comme récompense de sa bonne conduite actuelle, et qui doivent pouvoir lui être retirées s'il s'en montre indigne dans la suite? La considérer comme irrévocable, ce serait en rendre l'octroi beaucoup plus rare, dans la crainte où serait le gouvernement qu'après l'avoir méritée le condamné n'en profitât plus tard pour se dérober au châtiment (2).

2. Peines perpétuelles.

741. Toutes les condamnations à des peines criminelles perpétuelles entraînaient autrefois la mort civile : la condamnation à mort, en vertu de l'art. 23 du code civil, les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation, soit simple, soit dans une enceinte fortifiée, en vertu de l'art. 18 du Code pénal (3).

(1) Garraud, II, n. 436. — Cf. aussi Aubry et Rau, I, § 85, p. 568, n. 13; Bertauld, p. 49 ; Sermet, *op. cit.*, p. 283-284.

(2) Blanche, *Etud. prat. sur le Code pén.*, I, n. 166 ; Nusse, n. 442.

(3) Cf. art. 24 C. civ.

742. Dans notre ancien droit la mort civile résultait de deux causes [1] : 1° la condamnation à mort, aux galères à perpétuité ou au bannissement perpétuel hors du royaume (Ordonnance criminelle d'août 1670, titre XVII, art. 29) [2]; 2° la prononciation solennelle de vœux monastiques [3].

Ces vœux ayant été supprimés par la loi des 13-19 février 1790, la mort civile ne peut plus être encourue de ce chef. Elle ne le fut même pas par les membres des congrégations, après que, pour certains au moins, leurs vœux eussent été de nouveau reconnus obligatoires [4]. Mais, même sous la législation intermédiaire, elle resta implicitement ou explicitement attachée à la condamnation à mort et à la déportation (loi du 17 septembre 1793), et elle le fut formellement par la loi du 28 mars 1793 à l'émigration. Toutefois, dès le 4 nivôse an VIII, le fait de quitter la France ne fit plus encourir les peines de l'émigration (loi du 12 ventôse an VIII, art. 3), et pour le passé l'effet de la loi de 1793 fut adouci par le sénatus-consulte du 6 floréal an X, et définitivement aboli, sous certaines réserves, par la publication de la Charte du 4 juin 1814 [5].

Enfin, dans notre droit moderne, postérieurement à la promulgation du Code civil, le décret du 6 avril 1809 (art. 22, 26, 28 et 29) avait frappé de mort civile les Français qui, rappelés de l'étranger par le gouvernement, ne rentraient pas en France. Mais, d'après l'opinion générale, ces dispositions furent virtuellement abrogées, soit par le Code pénal de 1810, soit par le décret du 26 août 1811 [6].

743. De quelque source qu'elle dérive, la mort civile peut

[1] Cf. sur l'histoire de la mort civile, Molinier, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1850, XVII, p. 373 s.

[2] Cf. Aubry et Rau, I, § 80, p. 529, n. 1, et p. 532, n. 11.

[3] Argon, *Institution au droit français*, I, p. 17; Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. III, sect. 1, n. 11-14, et *Introd. gén. aux cout.*, n. 28; Merlin, *Rép.*, v^is^ *Profession monastique* et *Vœux*, Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 532 s., n. 11-14.

[4] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 532, n. 12 et 13.

[5] Merlin, *Rép.*, v° *Emigration*, v° *Mort civile*, § 2, n. 4 et 5; *Quest.*, v° *Emigré;* Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 529, n. 2 et 3, et p. 532 et 533, n. 15 et 16. — Cf. cep. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 70. — Cf. Taillandier et Mongalvy, *Code des émigrés, déportés*, etc., Paris, 1825.

[6] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 533, n. 17; Valette sur Proudhon, I, p. 183 s.

être définie l'état d'une personne qui, bien que vivante, est réputée morte aux yeux de la société, quant à la plupart de ses droits. La mort civile est donc une fiction, une atroce fiction, comme on l'a dit, qui a pour résultat d'assimiler un vivant à un mort. Or un mort n'a pas de droits. Donc le mort civilement n'en devrait plus avoir. Et toutefois il est impossible que la fiction égale ici la réalité; car le mort civilement vit encore de la vie physique, et ce ne serait pas lui donner vraiment les moyens de vivre que de le priver de tous ses droits sans exception, en l'assimilant complètement à un mort. Par suite il a bien fallu admettre qu'il jouit des droits indispensables au maintien de sa vie physique. Mais on imagine aisément quelles difficultés ont soulevées ce désaccord fondamental et ces conflits constants de la fiction et de la réalité.

744. Voici maintenant, d'une façon très succincte [1], les effets de la mort civile. Ils sont indiqués par l'art. 25 du code civil :

1° Elle donne ouverture à la succession du condamné et à tous les droits auxquels sa mort donnerait ouverture elle-même; mais son testament reste sans exécution, à la différence du testament de celui qui est mort naturellement. « *Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous* » *les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit* » *de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la* » *même manière que s'il était mort naturellement et sans tes-* » *tament.* » (Art. 25, al. 1er). — « *Son époux et ses héritiers peu-* » *vent exercer respectivement les droits et les actions auxquel-* » *les sa mort naturelle donnerait ouverture.* » (Art. 25, al. 9).

2° « *Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni trans-* » *mettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.* » (Art. 25, al. 2). Que deviennent donc ces derniers biens?

[1] Il nous paraît superflu d'entrer à cet égard, alors que l'abolition de la mort civile est déjà ancienne, dans de plus amples développements. La matière a été traitée en détail, notamment, par : Aubry et Rau, 4e éd., I, § 81-83, p. 319-388, et 5e éd., *loc. cit.*, p. 534-544, et § 84, p. 559 s.; Demolombe, I, n. 194-236; Demante, I, n. 53 s.; Desquiron de Saint-Agnan, *Traité de la mort civile en France*, Paris, 1822; Richer, *Traité de la mort civile en France*, Paris, 1855; Hanin, Humbert, *op. cit.*

L'art. 33 le dit : « *Les biens acquis par le condamné, depuis la* » *mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession* » *au jour de sa mort naturelle, appartiendront à l'Etat par* » *droit de déshérence. — Néanmoins il est loisible au Roi de* » *faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du con-* » *damné, telles dispositions que l'humanité lui suggérera.* »

3° « *Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en par-* » *tie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni re-* » *cevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.* » (Art. 25, al. 3).

4° « *Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opé-* » *rations relatives à la tutelle. — Il ne peut être témoin dans* » *un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter* » *témoignage en justice. — Il ne peut procéder en justice,* » *ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par* » *le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par* » *le tribunal où l'action est portée.* » (Art. 25, al. 4, 5 et 6).

5° « *Il est incapable de contracter un mariage qui produise* » *aucun effet civil. — Le mariage qu'il avait contracté précé-* » *demment, est dissous, quant à tous ses effets civils.* » (Art. 25, al. 7 et 8). De cette dernière disposition il résultait, d'une part, que les enfants issus des deux anciens époux, mais conçus postérieurement à la mort civile, étaient illégitimes, et, d'autre part, que le conjoint du condamné pouvait, quoiqu'on l'ait contesté, convoler en secondes noces (1).

Telle était la situation du mort civilement. Et encore l'art. 25, de l'aveu de tous (2), ne contenait pas, même abstraction faite des droits politiques dont il était évidemment privé, la liste complète des incapacités dont il était frappé (3).

745. Que restait-il donc au mort civilement ? Nous l'avons dit, il conservait tous les droits indispensables au maintien de sa vie physique : droit de recevoir à titre gratuit pour

(1) Aubry et Rau, 4e édit., I, § 82, p. 329, n. 16, et les autorités qu'ils citent; Beudant, I, n. 66; Planiol, I, n. 373; Garraud, II, n. 429.

(2) Aubry et Rau, I, § 82, p. 537, n. 1; Demolombe, I, n. 208; Demante, I, n. 53 *bis*.

(3) Beaucoup de dispositions dans le code civil mentionnent les effets de la mort civile (art. 227, 617, 718, 744, 1441, 1442, 1462, 1865, 1939, 1982 et 2003). Mais beaucoup de ses conséquences étaient déduites, dans le silence des textes, du seul caractère de cette institution.

cause d'aliments, droit de devenir propriétaire ou créancier en vertu de contrats à titre onéreux, droit d'ester en justice par le ministère d'un curateur, etc. Ces divers droits, dont certains lui étaient plus ou moins contestés par la doctrine, lui étaient reconnus d'ailleurs, non seulement lorsqu'il avait obtenu sa grâce ou prescrit sa peine, mais aussi lorsqu'il la subissait, en tant du moins qu'ils étaient compatibles avec le mode d'exécution de celle-ci (1).

746. La mort civile n'appartient plus aujourd'hui qu'à l'histoire. L'art. 1er de la loi du 31 mai 1854 porte : « *La mort civile est abolie.* » Elle l'eût été bien plus tôt si les protestations des esprits éclairés avaient été entendues (2). Lors même de la rédaction du Code civil, ce fut en vain que le Premier Consul et le Tribunat (3) s'élevèrent contre certaines de ces conséquences. Plus tard les propositions d'abolition totale, déposées en 1831 (4), en 1834 (5) et en 1849 devant les assemblées législatives, quoique fortes de l'appui de l'opinion publique, ne furent pas plus heureuses. On ne sut pas non plus profiter, en 1832, de la réforme du Code pénal, pour suivre, conformément à l'invitation du rapporteur de la loi, l'exemple de la Belgique, qui avait tenu à honneur de consacrer cette suppression dans son acte constitutionnel (Constitution de 1831, art. 26). Ce n'est qu'en 1850 que l'odieuse institution commença à être ébranlée dans ses fondements : la condamnation à la déportation n'emporta plus mort civile (L. 8 juin 1850). Mais son abolition, quoique demandée lors de la discussion de cette dernière loi (6), ne devait être consommée définitivement que quatre ans plus tard (7).

(1) Aubry et Rau, 4e édit., I, § 82, p. 333, n. 34; Demolombe, I, n. 212.

(2) Cf. Rossi, *Traité de dr. pén.* (4e édit.), I, p. 45; II, p. 336; Mittermaïer, *Rev. de législ.*, 1836, IV, p. 105; Bourdon, *eod. op.*, p. 273; Foucher, *eod. op.*, 1838, VII, p. 32; Bressolles, *eod. op.*, p. 132; Cauvet, *Rev. de législ.*, 1849, XXXIV, p. 372; Molinier, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1850, XVII, p. 370 s., 480 s.

(3) Thiessé, *Rapport au Tribunat*, Locré, *Lég.*, II, p. 251.

(4) *Moniteur* du 25 nov. 1831.

(5) *Moniteur* du 19 janv. 1834.

(6) Cf. Demante, Rapport à l'assemblée législative, *Revue critique*, 1853, III, p. 98.

(7) Cf. Aubry et Rau, I, § 80, p. 530 et 531; Demolombe, I, p. 332, *appendice*, n. 1; Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, A; Laurent, I, n. 401-403; Planiol, I, n. 374; Surville, n. 527; Garraud, II, n. 429; Vidal, n. 540.

747. La mort civile étant abolie, quelle allait être désormais, sous le rapport des droits civils, la situation des condamnés à une peine criminelle perpétuelle ? On ne pouvait évidemment faire cette situation meilleure que celle des condamnés à une peine criminelle temporaire, et il convenait peut-être [1] de la rendre pire : c'est ce qu'a fait la loi du 31 mai 1854.

Aux termes de l'art. 2 de cette loi : « *Les condamnations à » des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation » civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et » 31 du Code pénal.* » Sur ce double point, les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont donc assimilés, en principe, aux condamnés à une peine afflictive temporaire.

748. La condamnation par contumace à une peine afflictive perpétuelle n'entraîne pas, selon nous, l'interdiction légale [2]. En outre des motifs qui ont déjà été exposés [3] en ce qui concerne la condamnation à une peine criminelle temporaire, cette solution se justifie ici par les travaux préparatoires de la loi, qui sont formels en ce sens : « si la condamnation a été prononcée par contumace, était-il écrit dans l'exposé des motifs [4], comme le condamné n'expie pas sa peine et échappe, au contraire, à l'action de la loi, l'interdiction légale ne reçoit pas son application. » Plusieurs auteurs [5] expriment, pour des raisons qui ne nous paraissent pas convaincantes, le regret qu'il n'en soit pas autrement.

749. Le point de départ de l'interdiction légale est le jour où la condamnation devient irrévocable, et non pas seulement

(1) Notre réserve s'explique par les inconvenients très réels qu'ont, en fait, les incapacités spéciales édictées par l'art. 3 de la loi de 1854.

(2) Aubry et Rau, I, § 85, p. 566, n. 12 ; Demolombe, I, p. 340, *app.*, n. 9 ; Huc, I, n. 304 ; Beudant, I, n. 64 ; Humbert, n. 317 *ter* et 445 ; Hanin, n. 302 ; Blanche, *Etudes sur le code pénal*, I, n. 146 ; Vidal, n. 545 ; Nusse, n. 147, 159, s. 542 et les autorités citées, p. 713, note 1. — Trib. Béziers, 26 juin 1886, S., 88. 2. 46. — *Contra :* Demante, I, n. 79 *bis*, III ; Bertauld, *Quest. controv. sur la loi du 31 mai 1854*, p. 14, et *Cours de code pénal* (4e éd.), p. 258, 259 et 277 ; Villey, *Précis de dr. crim.*, 5e éd., p. 452 et 453 ; Trébutien, *Cours de dr. crim.*, édit. Laisné-Deshayes et Guillouard, I, n. 318 et 319.

(3) Cf. *supra*, n. 729.

(4) *Moniteur* du 18 mars 1854, *suppl.* B, p. 7, col. 1re, et S., 54. 3. 99 s.

(5) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, I, p. 342, *app.*, n. 10.

celui de l'exécution de la peine. Cette solution, différente de celle que consacrait pour la mort civile l'art. 26 du Code civil, nous paraît ressortir nécessairement de la combinaison des art. 2 de la loi de 1854 et 23 et 29 du Code pénal. Sa conformité avec celle qui est unanimement acceptée en ce qui concerne l'interdiction résultant des condamnations à des peines temporaires est une nouvelle raison, à notre sens, de l'adopter. Pour quels motifs, en effet, l'interdiction serait-elle régie, à ce point de vue, par des règles différentes, suivant qu'elle serait attachée à des peines temporaires ou à des peines perpétuelles ? On doit enfin observer que l'art. 2 de la loi de 1854, tout autrement rédigé que l'art. 26 du Code civil, dont rien ne rappelle la règle, attache l'interdiction à la condamnation elle-même, et non à l'exécution de la peine [1].

750. D'ailleurs le gouvernement peut relever le condamné, en tout ou en partie, des conséquences de l'interdiction légale. « *Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la* » *peine, des droits civils, ou de quelques-uns de ces droits, dont* » *il a été privé par son état d'interdiction légale.* » (Art. 4, al. 2, de la loi du 31 mai). Cette disposition rappelle celle de l'art. 12 de la loi du 30 mai 1854, dont elle diffère cependant, selon nous, en un point.

Le gouvernement pourrait-il, en effet, autoriser le condamné, comme la chose lui est certainement possible pour les condamnés aux travaux forcés à temps, à disposer à titre onéreux de ses biens ? Cette question, qui laisse en dehors les actes de disposition à titre gratuit, régis par des règles particulières, commande une distinction.

751. 1° En ce qui concerne les biens que le condamné n'a acquis que depuis sa condamnation, par son travail ou avec ses économies, l'affirmative n'est pas douteuse, à notre avis. Elle s'appuie sur un double argument *a fortiori*. D'une part, la faculté d'aliéner à titre onéreux sera la plupart du temps beaucoup plus utile au condamné que la faculté d'aliéner à

[1] Demolombe, I, p. 339, *app.*, n. 8, A; Demante, I, n. 79 *bis*, III, et Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, B; Huc, I, n. 304; Bertauld, *Code pén.* (4e éd.), p. 258; Garraud, n. 428; Vidal, n. 545; Humbert, n. 317 *bis*. — *Contra :* Aubry et Rau, I, § 85, p. 567.

titre gratuit, que le gouvernement peut certainement lui octroyer. D'autre part, l'aliénation à titre onéreux est moins grave dans ses conséquences que l'aliénation à titre gratuit. La faculté, pour le gouvernement, d'autoriser le condamné à disposer de ses biens à ce dernier titre implique donc celle de l'autoriser à disposer à titre onéreux. D'ailleurs l'art. 4-2e al. de la loi ne dit-il pas que le gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils dont il a été privé par son état d'interdiction légale? Or le droit d'aliéner à titre onéreux est justement un de ces droits dont l'exercice seul, et non la jouissance, qu'on le remarque, est enlevé au condamné. Donc il est possible de le lui restituer. Et c'est au surplus ce que laisse entendre l'art. 4, al. 3, dont la réserve ne porte que sur les biens dont il va être maintenant question (1).

752. 2° En ce qui touche les biens que le condamné possédait déjà au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque, la disposition à titre onéreux n'en peut pas être autorisée, d'après nous, par le gouvernement, et ils échappent toujours aux conséquences de ses engagements (2). D'une part, le double argument *a fortiori* que nous invoquions tout à l'heure fait défaut, puisque les actes de disposition à titre gratuit portant sur ces biens restent nécessairement interdits. D'autre part, cette solution paraît imposée par l'art. 4-3e al. lui-même, car, d'après cet article, qui ne comporte aucune distinction, « *les actes faits* » *par le condamné, dans le lieu d'exécution de la peine, ne* » *peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa con-* » *damnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette* » *époque* ». Et il n'y a plus place au doute lorsqu'on observe que l'art. 12 al. 3 de la loi du 30 mai 1854, uniquement relative aux condamnés aux travaux forcés à temps, après avoir posé une règle analogue, y fait exception quant aux biens

(1) Aubry et Rau, I, § 85, p. 568, n. 13.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, L. — *Contra :* Demolombe, I, p. 363, *app.*, n. 27; Bertauld, *Quest. controv.*, p. 52. D'après ces auteurs, le condamné pourrait même disposer de ses biens à titre onéreux, par cela seul qu'il aurait été autorisé à en disposer à titre gratuit.

dont la remise a été accordée au condamné conformément à l'al. 2 du même article. Or l'art. 4 de la loi du 31 mai ne parle nulle part de cette remise ; et ce fut précisément parce qu'on ne voulut pas conférer au gouvernement la faculté de la faire en ce qui concerne les condamnés à des peines perpétuelles, que l'art. 12 de la loi du 30 mai, applicable d'après le projet à tous les condamnés aux travaux forcés, ne visa plus, dans sa rédaction définitive, que ceux qui n'avaient été condamnés qu'à temps.

753. Enfin la situation des déportés a été, sur certains points, modifiée par la loi du 25 mars 1873, « qui règle la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie ».

Le gouvernement jouit d'abord de la faculté d'accorder, sur l'avis du gouverneur de la colonie en conseil, aux condamnés à la déportation, soit simple, soit dans une enceinte fortifiée, « l'exercice dans la colonie de tout ou partie des droits » dont ils sont privés par la dégradation civique. (Art. 16 *in fine*). Cette faculté ne lui appartient pas, dans le silence des textes, en ce qui touche tous les autres condamnés à des peines perpétuelles.

Puis, par une faveur toute particulière, qu'ils tiennent de la loi même et non du gouvernement, les condamnés à la déportation simple sont relevés de plein droit, dans la colonie, de leur état d'interdiction légale (art. 16).

Enfin ces mêmes condamnés peuvent recevoir du gouvernement le droit d'administrer personnellement « tout ou partie de leurs biens » (art. 16), par conséquent même les biens qu'ils possèdent en France [1].

Si, par ces trois particularités, la condition des déportés est bien préférable à celle des autres condamnés à des peines afflictives perpétuelles, elle reste la même pour le surplus.

754. Outre la dégradation civique et l'interdition légale, le condamné à une peine afflictive perpétuelle encourt encore certaines incapacités particulières, qui ont été, du reste, empruntées à la mort civile (art. 25, al. 3 C. civ.) et ne sont

[1] Aubry et Rau, I, § 85, p. 570, n. 16 ; Huc, I, n. 305 ; Garraud, II, n. 435 *b* et *c*.

pas à l'abri de toute critique [1]. Elles sont énumérées par l'art. 3, al. 1 et 2, de la loi du 31 mai 1854 : « *Le condamné à* » *une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens,* » *en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par* » *testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause* » *d'aliments. — Tout testament par lui fait antérieurement* » *à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est* » *nul.* »

Ce n'est pas seulement l'exercice des différents droits énumérés que la loi retire au condamné : elle lui en enlève aussi la jouissance [2]. Cela résulte d'abord du texte, qui paraît bien priver le condamné de la faculté même de disposer et de recevoir à titre gratuit. Puis les alinéas 1 et 2 de l'art. 4 auraient dû être fondus dans une même disposition, si le condamné n'avait perdu que l'exercice de cette faculté. Dans la même supposition, l'art. 3-1er al. serait devenu inutile, puisque l'article précédent avait déjà retiré au condamné cet exercice, en le frappant d'interdiction légale. Enfin le caractère de son incapacité est nettement confirmé par son origine, qu'elle tire de la mort civile, et par les travaux préparatoires de la loi, qui sont formels en ce sens.

Cette incapacité est double : incapacité de disposer à titre gratuit, incapacité de recevoir au même titre.

755. 1° *Incapacité de disposer à titre gratuit.* — Le condamné est complètement privé du droit de disposer à titre gratuit, soit par donation entre vifs, quelque forme qu'elle revête [3], soit par testament.

(1) Demolombe, I, p. 349, *app.*, n. 17, et p. 355, n. 21; Valette, *Expl. somm.*, p. 25; Beudant, I, n. 70; Surville, n. 529; Garraud, II, n. 432. — Il est intéressant de constater que, dans beaucoup de législations, le condamné reste tout au moins capable de disposer de ses biens à cause de mort : Code pén. belge, art. 22; C. pén. hollandais, art. 37; C. pén. espagnol, art. 43. Il en est de même, paraît-il, dans la législation allemande.

(2) Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 544, n. 1; Demolombe, I, p. 346, *app.*, n. 13 et 14; Garraud, II, n. 432; Vidal, *op. cit.*, n. 540.

(3) Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 545, n. 2 *bis*; Demolombe, I, n. 203; Proudhon et Valette, I, p. 151, note *a*; Huc, I, n. 305; Beudant, I, n. 70; Surville, n. 529; Humbert, n. 268; Fuzier-Herman, art. 33, n. 6 s. — Cpr. cep. Toullier, I, n. 282; Duranton, I, n. 263, et VIII, n. 229; Demante, I, n. 58 *bis*, I; Troplong, *Des donations*, II, n. 514; Hanin, n. 339.

Le condamné perdant la jouissance même du droit de disposer à titre gratuit, ce droit ne peut être exercé, ni par lui personnellement, ni pour lui par son tuteur, car celui-ci ne peut exercer que les droits appartenant au condamné. De là résulte cette conséquence regrettable que, si un enfant du condamné vient à se marier ou à s'établir, il est impossible de le doter en biens de son auteur. L'art. 511 du code civil est, en effet, ici inapplicable, quoi qu'en ait dit le rapporteur de la loi : les pouvoirs du tuteur d'un interdit judiciaire, auquel l'exercice seulement de ses droits a été retiré, sont nécessairement tout autres que ceux du tuteur d'un condamné, privé de la jouissance elle-même [1]. Il est vrai que l'art. 4, qui permet au gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des incapacités dont il est frappé par l'art. 3, vient apporter, en pratique, un correctif à la rigueur de cette solution. Mais ce correctif serait insuffisant si on croyait devoir décider, contrairement à l'opinion générale [2], que la donation ne peut pas s'exécuter sur les biens que le condamné possédait au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus depuis à titre gratuit.

756. La loi annule, en outre, le testament que le condamné aurait fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Celle-ci le rend incapable d'avoir une volonté testamentaire, c'est-à-dire de faire des dispositions par testament ou de maintenir celles qu'il a faites.

Mais, au contraire, les donations entre vifs qui auraient été faites par le condamné antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive sont maintenues : ce qui est de toute justice, car la donation entre vifs, aussitôt qu'elle est parfaite, confère un droit acquis au donataire, à la différence du testament, qui ne fait naître qu'une simple espérance jusqu'au décès du testateur.

La même décision doit être admise pour les donations de biens à venir ou institutions contractuelles, qui participent du caractère d'irrévocabilité des donations entre vifs [3].

(1) Demolombe, I, p. 350, *app.*, n. 18; Beudant, I, n. 70; Garraud, II, n. 432, *e.*
(2) Cf. *infra*, n. 766.
(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 544, n. 2; Demolombe, I, p. 348, *app.*, n. 16; De-

757. 2° *Incapacité de recevoir à titre gratuit.* — Le condamné est privé du droit de recevoir à titre gratuit, soit par donation entre vifs, quelle qu'en soit la forme [1], soit par testament, et personne ne peut non plus recevoir pour lui et en son nom, puisqu'il est privé de la jouissance même du droit.

Cette règle ne souffre même pas exception en ce qui concerne le partage d'ascendant : le condamné est incapable de recevoir la part qui lui est attribuée, par donation entre vifs ou testamentaire, dans un semblable partage. Il est vrai que cette incapacité va rendre le partage impossible, puisqu'il doit comprendre tous les enfants existant à l'époque du décès de celui qui le fait, et c'est encore là un des inconvénients de cette déchéance. Mais la rigueur de cette règle est tempérée par la faculté dont jouit le gouvernement en vertu de l'art. 4 [2].

Il est sans difficulté qu'on doit maintenir les donations en faveur du condamné qui sont devenues parfaites avant qu'il n'ait été atteint par cette déchéance : elles lui ont conféré un droit acquis, aussi bien les donations de biens à venir que les autres [3].

758. La loi excepte de la règle des donations faites pour cause d'aliments. L'exception ne recevra guère son application pendant la durée de la peine, l'entretien du condamné étant à la charge de l'administration pénitentiaire ; mais elle lui permettra, après qu'il aura obtenu sa grâce ou prescrit sa peine, de recevoir les libéralités qui ont un caractère alimentaire [4].

759. Les incapacités édictées par l'art. 3 ne doivent pas être étendues, conformément au principe « *pœnalia non sunt extendenda* ». Ainsi le condamné demeure capable de transmettre ou de recevoir par succession *ab intestat*. Et, bien entendu, sa succession ne s'ouvre qu'au jour de son décès.

mante, I, n. 56 *bis*, II ; Garraud, II, p. 211, note 5 ; Humbert, n. 444 ; Bertauld, *Quest. controv.*, p. 28.

(1) Cf. *supra*, p. 729, note 3.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Demolombe, I, p. 349, *app.*, n. 17 ; Beudant, I, n. 70.

(3) Cf. les autorités citées p. 730, note 3.

(4) Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 545, n. 3.

760. Ces incapacités sont, d'ailleurs, encourues de plein droit et sans que le juge ait à les prononcer. Mais quel est leur point de départ ? Il faut distinguer suivant que la condamnation est contradictoire ou qu'elle est par contumace. Au premier cas, elles sont encourues à compter du jour où la condamnation est devenue irrévocable conformément au droit commun, auquel dérogeait au contraire l'art. 26 du code quant aux effets de la mort civile; au second, cinq ans seulement après l'exécution par effigie. « *Le présent article,* dit » l'art. 3, al 3, de la loi du 31 mai, *n'est applicable au con-* » *damné par contumace que cinq ans après l'exécution par* » *effigie.* » La raison en est que cette condamnation inspire toujours une certaine défiance, l'accusé ayant été condamné sans avoir été entendu.

761. Le condamné par contumace n'étant atteint par les incapacités de l'art. 3 que cinq ans après l'exécution par effigie, il en résulte que, s'il meurt ou purge sa contumance avant l'expiration de ce délai, elles ne l'ont jamais frappé. On doit donc maintenir dans ce cas toutes les donations, entre vifs ou testamentaires, par lui faites, même depuis sa condamnation, et aussi celles faites à son profit [1].

762. S'il ne meurt qu'après les cinq ans, sans avoir purgé sa contumace, il y a lieu d'annuler les donations entre vifs par lui faites ou reçues après l'expiration de ce délai, et son testament reste sans efficacité, quelle qu'en soit la date, car celui-là même qui est antérieur à la condamnation est annulé. Mais sont maintenues, au contraire, les donations entre vifs antérieures à l'expiration des cinq ans, qui ont fait naître des droits acquis avant que l'incapacité ne fût survenue, et, en vertu du même principe, les donations testamentaires faites au profit du condamné et qui ont produit leur effet avant l'expiration du délai de grâce [2].

763. Enfin, quelle est, pour le passé, la situation du condamné qui n'a purgé sa contumace qu'après l'expiration des

[1] Aubry et Rau, I, § 84, p. 552, n. 1; Demolombe, I, p. 552, *app.*, n. 19; Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, F; Beudant, I, n. 72 ; Vidal, *op. cit.*, n. 541.

[2] Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, G.

cinq ans, et qui a été acquitté, absous, ou condamné seulement à une peine temporaire? La question est discutée. D'après les uns [1], il doit être considéré comme ayant été atteint par ces incapacités depuis l'expiration du délai de grâce : les donations par lui ou à lui faites postérieurement restent donc nulles [2]. D'après les autres [3], dont l'opinion nous paraît plus juridique, il rentre dans ses droits, même pour le passé, en vertu de ce principe certain que la condamnation prononcée par contumace est de plein droit anéantie lorsque celle-ci est purgée (art. 476, al. 1 C. I. cr.).

Il ne suffit pas, en effet, de dire, comme le font MM. Aubry et Rau, que « la comparution en justice du condamné, même suivie d'absolution ou d'acquittement, ne fait disparaître que pour l'avenir les incapacités dont il avait été frappé à l'expiration du délai de grâce », car c'est précisément ce qui est en question. L'affirmation des savants auteurs était certainement vraie des effets de la mort civile, en vertu des art. 30 C. civ. et 476, al. 2 C. I. cr. Mais tout le monde s'accordait aussi à critiquer la sévérité d'une disposition aussi exorbitante du droit commun. Comment dès lors, dans le silence de la loi, l'appliquer à notre matière? Serait-ce, ainsi qu'on l'a dit, parce que, si le législateur ne frappe le condamné par contumace qu'au bout d'un délai de cinq ans et lui laisse tout le temps d'échapper à l'incapacité, c'est qu'il veut ensuite l'atteindre définitivement et sans retour lorsqu'il ne s'est pas représenté dans ce délai en justice? Mais cette induction serait singulièrement téméraire : car on s'explique très bien que la déchéance ait été retardée, non pas parce qu'on entendait écarter l'application des principes ordinaires

[1] Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 546, n. 5; Ortolan, *Elém. de dr. pén.*, II, n. 2239 *ter*; Garraud, *op. cit.*, 1re édit., II, n. 49; Bertauld, *Quest. controv.*, p. 29 s., et *Rev. prat.*, 1857, III, p. 245.

[2] Mais certains partisans de cette opinion (Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 546, n. 6 reconnaissent la validité du testament fait antérieurement à l'expiration du délai de grâce, par ce motif qu'un testament est valable lorsque son auteur était capable de tester au moment de la confection de cet acte et au moment du décès.

[3] Demolombe, I, p. 353, *app.*, n. 20; Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, H, J; Valette, *Explic. somm.*, p. 27; Beudant, I, n. 72; Humbert, n. 440-443; Nusse, n. 839; Vidal, *op. cit.*, n. 541; Demante, *Rev. crit.*, 1857, X, p. 78 et 79.

en matière de contumace, mais bien tout simplement parce qu'on voulait accorder au condamné un délai de grâce pendant lequel, qu'il purgeât ou non sa contumace, sa capacité demeurât entière.

764. Les incapacités édictées par l'art. 3 sont, en principe, perpétuelles, comme la peine dont elles dérivent. Elles peuvent même lui survivre : c'est ce qui arrive dans le cas où le condamné a prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Cependant si, après avoir été gracié, il parvient à se faire réhabiliter, il cesse d'y être soumis (arg. art. 634 C. I. cr.). Et le même résultat est produit par l'amnistie, qui, plus puissante que la grâce, efface jusqu'à l'infraction [1].

765. « *Le gouvernement peut relever le condamné à une* » *peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités* » *prononcées par l'article précédent* » : telle est la décision de l'art. 4, al. 1er, de la loi du 31 mai. Le gouvernement jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut donc, suivant les cas, relever complètement le condamné de toutes ces incapacités, ou le relever de l'une d'elles seulement, par exemple de l'incapacité de disposer par testament, ou, restreignant encore plus sa faveur, ne relever le condamné d'une incapacité qu'en vue d'un cas déterminé, par exemple l'autoriser à faire une donation entre vifs à son enfant pour le doter, ou à recevoir, à ce titre, d'un ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants.

766. Lorsqu'un condamné a été ainsi relevé de l'incapacité de disposer à titre gratuit, sur quels biens les actes qu'il accomplit en vertu de cette concession sont-ils exécutoires? En d'autres termes, l'art. 4, 3e al., d'après lequel « les actes » faits par le condamné, dans le lieu d'exécution de la peine, » ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa » condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis » cette époque », est-il ici applicable?

Tous les auteurs [2], en général, sans poser explicitement

[1] Aubry et Rau, I, 83 *bis*, p. 547; Demolombe, I, p. 346, *app.*, n. 13; Garraud, II, n. 432; Vidal, *op. cit.*, n. 541 et 542. — Cpr. Sermet, *op. cit.*, p. 268-269. — Trib. Seine, 29 juin 1900, D., 1901. 2. 115.

[2] Aubry et Rau, I, § 85, p. 568, n. 13; Demolombe, I, p. 361, *app.*, n. 25, et

la question, la résolvent par la négative. C'est apparemment que, pour eux, la restriction contenue dans cet article est uniquement relative à la décision par laquelle le condamné est relevé de son état d'interdiction légale. Le doute serait pourtant permis à cet égard, car l'alinéa 3 de l'art. 4 semblerait, d'après la construction même du texte, se référer à la fois aux deux dispositions qui font l'objet des alinéas précédents. Dans cette interprétation, le condamné ne pourrait disposer que des biens qu'il a acquis à titre onéreux depuis sa condamnation : quant aux autres, ils seraient réservés à sa famille. Il est vrai que cette façon d'entendre le texte, en limitant la faveur que peut octroyer le gouvernement le dépouille d'une partie de son utilité pratique. De plus, la restriction contenue dans l'art. 4 *in fine* ne vise que les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine, les seuls qu'il puisse accomplir une fois relevé de son état d'interdiction légale. Or ce n'est point certainement dans les seules limites de la colonie où il subit sa peine que le condamné peut être relevé de son incapacité de recevoir ou de disposer, puisque l'art. 4 al. 1 ne contient pas cette réserve et qu'elle réduirait au reste ce bénéfice à peu de chose. N'est-ce pas la preuve que la disposition finale de l'article est inapplicable elle-même à cette incapacité ?

767. La mesure de faveur dont bénéficie le condamné ne produit naturellement ses effets que pour l'avenir : elle reste sans influence sur le sort des actes qu'il a accomplis antérieurement. Dès lors le testament qu'il aurait fait, même avant sa condamnation, resterait nul, quoiqu'on l'ait contesté. On objecte qu'un testament est valable dès que le testateur était capable à la fois au moment de la confection de cet acte et au moment de sa mort, ce qui serait le cas par hypothèse. Sans doute, mais cette règle est ici hors de cause. Un acte formellement annulé par la loi, quelle qu'en soit la nature, comme le testament en l'espèce, ne saurait être validé par un autre acte, la décision du gouvernement, qui ne peut pas

p. 363, *app.*, n. 27 ; Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*-J. ; Garraud, II, n. 435, *a*. — Cpr. Sermet, *op. cit.*, p. 195.

avoir d'effet sur le passé. D'ailleurs le condamné n'était pas seulement devenu incapable de tester pour l'avenir : l'expression même de sa volonté dans le passé avait été mise à néant. On n'en peut donc plus tenir compte [1].

Au surplus, et par identité de motifs, la restitution prévue par la loi du 31 mai ne paraît pas plus irrévocable que celle qu'organise l'art. 12 de la loi du 30 mai 1854 quant à l'interdiction légale [2].

768. En ce qui concerne spécialement les condamnés à la déportation, soit simple, soit dans une enceinte fortifiée, ils jouissent de plein droit, aux termes de l'art. 13, al. 4, de la loi du 25 mars 1873, de la faculté de faire au profit de leur conjoint, lorsqu'il les a suivis dans la colonie, toutes les dispositions qui leur seraient permises par les art. 1094 et 1098 C. civ., s'ils étaient pleinement capables, sur quelques biens qu'elles portent [3].

769. La loi du 31 mai 1854 se termine par des dispositions transitoires. « *Les effets de la mort civile,* dit l'art. 5, » *cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement* » *morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. — L'état de* » *ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent.* » La loi du 31 mai a donc fait revenir à la vie civile tous les condamnés qui étaient morts civilement lors de sa publication, mais elle les a en même temps soumis aussitôt au nouveau régime qu'elle organisait. Cette rétroactivité était de bon aloi, puisqu'elle était conforme à l'humanité.

C'est d'ailleurs sur ce point seulement que la loi a produit un effet rétroactif, car le retour du condamné à la vie civile n'a eu lieu que sauf les droits acquis aux tiers, c'est-à-dire qu'il n'a pu porter atteinte aux droits que sa mort fictive avait fait définitivement acquérir à des tiers. Ainsi les héritiers du mort civilement, qui avaient recueilli sa succession, n'ont pas été obligés de lui restituer ses biens. Ainsi encore les droits dont la mort civile avait entraîné l'extinction au préjudice du con-

(1) Demolombe, I, p. 365, *app.*, n. 29 ; Huc, I, n. 305. — *Contra :* Duvergier, *Collect. des lois*, 1854, p. 290, note 1.

(2) Cf. *supra*, n. 740.

(3) Huc, I, n. 305 ; Garraud, n. 435, *b*.

damné et au profit des tiers, pour lesquels cette extinction constituait un droit acquis, n'ont pas repris naissance [1].

770. Ainsi enfin le mariage du mort civilement n'a pas pu revivre par suite de la publication de la loi : sa dissolution constituait un fait accompli et un droit acquis pour son conjoint. Celui-ci a donc pu valablement contracter, même après cette publication, un nouveau mariage avec une autre personne que son ancien époux, et il en a été de même du condamné. Que si les deux anciens conjoints, se trouvant libres de tout autre lien, ont voulu recouvrer le titre d'époux, ils ont dû procéder à une nouvelle célébration de leur mariage [2]. Toutes ces solutions résultent péremptoirement, quoique certaines aient été contestées, du principe déposé dans l'art. 3, et indirectement aussi du rejet de deux articles qui figuraient en ces termes dans le projet de loi. « Le mariage dissous par la mort civile peut toujours, à moins qu'il n'en existe un nouveau, être réhabilité du consentement des deux parties; tout autre mariage leur est respectivement interdit jusqu'à la mort de l'un deux » (art. 4). — « La réhabilitation du mariage dissous s'opère par une déclaration que les deux parties font en commun devant l'officier de l'état civil qui en dresse acte. Cet acte est inséré dans les registres à sa date. Il en est fait mention en marge de l'acte de la première célébration » (art. 5).

771. Enfin, aux termes de l'art. 6 : « *La présente loi n'est » pas applicable aux condamnations à la déportation, pour » crimes commis antérieurement à sa promulgation.* »

Il résulte très nettement de ce texte que l'état des condamnés à la peine de la déportation, pour crimes commis après la mise en vigueur de la loi du 31 mai 1854, est régi par les dispositions de cette loi.

Il en résulte non moins clairement que ceux qui ont été con-

[1] Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 548, n. 8; Demolombe, I, p. 368, *app.*, n. 32; Colmet de Santerre, I, n. 81 *bis*, M; Garraud, II, n. 430; Fuzier-Herman, art. 33, n. 1 s.

[2] Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 549, n. 9; Demolombe, I. p. 369, *app.*, n. 33; Colmet de Santerre. *loc. cit.;* Beudant, I, n. 69; Planiol, 2e éd., I, n. 367; Garraud, *loc. cit.;* Humbert, n. 454. — Civ. rej., 2 juin 1858, S., 59. 1. 135, D., 58. 1. 265, rapp. de M. Chégaray et concl. de M. Dupin.

damnés à cette peine pour crimes commis pendant le laps de temps écoulé entre la mise en vigueur de la loi du 8 juin 1850 et celle de la loi de 1854, à quelque date qu'ils aient été condamnés, ne sont pas régis par cette dernière loi en ce qui concerne leur état et leur capacité, mais bien par la loi de 1850, qui, moins rigoureuse, ne les frappait que de dégradation civique et d'interdiction légale, sans les soumettre aux incapacités spéciales de l'art. 3 de la loi abolitive de la mort civile. Cette solution découlait naturellement, pour le législateur comme pour l'interprète, du principe de la non-rétroactivité de la loi : c'est pour qu'elle ne pût être contestée qu'elle a été consacrée dans une disposition expresse (1).

Mais il semblerait résulter également de celle-ci, telle qu'elle est rédigée, que la loi du 31 mai 1854 n'est pas applicable non plus à ceux qui ont été condamnés à la déportation antérieurement à la loi du 8 juin 1850. S'il en était ainsi, ces condamnés seraient restés frappés de mort civile, car la loi de 1850 ne les y a pas soustraits (elle est muette sur ce point), et la loi de 1854 ne les aurait pas rappelés non plus à la vie civile, puisqu'elle ne leur serait pas applicable. Mais cette solution, conforme au texte de la loi, est si évidemment contraire à son esprit que la plupart des auteurs la rejettent, et avec raison (2). M. Valette (3), qui se croit obligé de l'admettre, dit que l'histoire de nos lois ne présente guère d'exemples de fautes de rédaction d'une énormité pareille. Sans doute : mais il oublie qu'en vertu des règles mêmes de l'interprétation l'esprit de la loi doit prévaloir sur son texte, lorsque sa rédaction trahit manifestement la pensée du législateur. Et, de l'aveu de tous, c'est bien ici le cas.

772. Telles sont les privations de droits ou les incapacités qui peuvent résulter, pour un individu, d'une condamnation pénale.

(1) Aubry et Rau, I, § 83 *bis*, p. 547, n. 7, et § 85, p. 569, n. 15; Demolombe, I, p. 371, *app.*, n. 35; Garraud, II, n. 433; Humbert, n. 460 et 461; Bertauld, *op. cit.*, p. 58.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, I, p. 372, *app.*, n. 36; Garraud, *loc. cit.*; Bertauld, *Quest. controv.*, p. 58; Demante, *Rev. crit.*, 1857, X, p. 80.

(3) *Explic. somm.*, p. 30. — Dans le même sens, Humbert, n. 462.

Il est certain que les condamnations prononcées par les juridictions françaises ont ce résultat aussi bien au regard des étrangers qu'au regard des nationaux qu'elles atteignent, et qu'inversement les Français mêmes sont privés, en pays étranger, par les condamnations qu'ils encourent, de tous les droits qu'elles font perdre d'après la loi étrangère (1). Le statut personnel du condamné est alors régi à cet égard, dans le pays où la condamnation a été prononcée, non plus par sa propre loi, mais par la loi de ce pays, car c'est une loi de police et de sûreté à laquelle tout le monde, sans distinction de nationalité, est soumis (art. 3, 1er al.) : la privation de droits est une peine à laquelle nul ne peut échapper, car elle est considérée comme nécessaire au maintien du bon ordre dans la société où l'infraction a été commise.

773. Mais les privations de droits ainsi encourues dans un pays ont-elles des effets extraterritoriaux? En d'autres termes, modifient-elles l'état et la capacité du condamné de telle sorte qu'elles le suivent partout, par application de la règle de l'art. 3, 3e al.? Beaucoup d'auteurs répondent négativement, par ce motif que « l'effet des jugements rendus en matière criminelle est restreint, comme l'empire de la loi pénale elle-même, au territoire du pays où ils ont été rendus » (2). Avec d'autres interprètes, au contraire, nous pensons qu'il y a lieu de faire une distinction pour la solution de cette difficulté, le principe invoqué par les partisans de la première opinion n'étant vrai que dans une certaine mesure.

774. Ou bien, en effet, la privation de droits résulte d'une

(1) Aubry et Rau, I, § 81, p. 534 et 535, n. 2; Demolombe, I, n. 198; Demante, I, n. 54 *bis*, IV; Valette sur Proudhon, I, p. 135, note *a*, 1; Despagnet, n. 196; Weiss, p. 433.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 2, et v° *Mort civile*, § 1, art. 2, n. 5; Aubry et Rau, I, § 31, p. 152, n. 40 et 41, et § 81, p. 534 et 535, n. 1 et 2; Demolombe, I, n. 198; Toullier, IV, n. 102; Valette sur Proudhon, I, p. 136, note *a*, 2; Humbert, n. 209; Hanin, *Conséq. des cond. pén.*, n. 263; Garraud, *Tr. de dr. crimin.*, I, n. 174 *b*; Fœlix, *Tr. de dr. intern. privé*, II, n. 604; Story, *Comm. on conflict of laws*, § 620 s.; Westlake, *A treat. on priv. intern. law*, § 345, et *J. Clunet*, 1882, p. 25; P. Fiore, *Dr. pénal intern.*, I, n. 141 s.; Calvo, *Dr. intern.*, II, n. 1180 s. — Req. rej., 7 janv. 1806, S., 6. 1. 129, D., *Rép.*, v° *Droit civil*, n. 422. — Req. rej., 26 janv. 1807, S., 7. 1. 123, D., *Rép.*, v° *Emigré*, n. 94. — Cf. Peiron, *Effets des jugem. répressifs en dr. intern.* (Thèse, Lyon, 1885), p. 87 s.

condamnation prononcée dans un pays contre un étranger, par exemple en France contre une personne qui ne compte pas au nombre de ses ressortissants, ou à l'étranger contre un Français : cette condamnation reste alors sans influence sur l'état et la capacité du condamné en dehors du pays où elle a été encourue [1]. Elle ne le frappe de certaines déchéances, sur le territoire où il s'est rendu coupable d'une infraction, que parce que l'intérêt de l'Etat où le bon ordre a été troublé et l'efficacité de la peine paraissent exiger qu'il en soit ainsi. Mais partout ailleurs ces intérêts sont hors de cause : c'est au pays où le condamné se trouve à veiller aux siens par lui-même, et il n'est pas obligé de tenir compte des restrictions apportées à la capacité de celui-ci par une loi étrangère, impuissante à modifier définitivement et à l'égard de tous le statut personnel d'un individu qui ne dépend pas de l'Etat qu'elle régit. Dans tous les pays autres que celui où la peine a été prononcée, le condamné reste donc exclusivement soumis, quant à sa capacité, à sa propre loi. Il appartient d'ailleurs à celle-ci, comme elle le fait dans certaines législations [2], de prendre en considération la condamnation encourue à l'étranger par un de ses nationaux, et de lui retirer certains droits, de la jouissance ou de l'exercice desquels son crime ou son délit le font juger indigne. Mais c'est elle-même alors qui attache ces conséquences à la décision de la juridiction étrangère, et non celle-ci qui s'exécute. Dans cette première hypothèse il est donc absolument vrai de dire que l'effet de cette décision est limité au territoire du pays où elle est intervenue.

775. Mais cette proposition nous paraît cesser d'être exacte, au contraire, lorsque la condamnation émane d'une juridiction du pays même auquel appartient le coupable, et nous

(1) Demante, I, n. 54 *bis*, IV; Huc, I, n. 302; Garraud, *op. cit.*, I, n. 174, *a*; Weiss, p. 434 et 435; Despagnet, n. 196; Chéneaux, *De l'autor. de la chose jugée sur les quest. d'état et de cap. générale* (Thèse, Bordeaux) 1895, n. 257 et 259; Jozon, *Rev. de dr. intern.*, 1869, I, p. 99; Chausse, *Rev. crit.*, 1888, XVII, p. 202. — Req. cass., 14 avril 1868, S., 68. 1. 183, D., 68. 1. 262. — Cf. cep. Colmar, 6 août 1814, S., 15. 2. 20, D. A., XII, 578. — Cpr. J. Bressolles, *Quest. de dr. intern.* (Toulouse, 1884), p. 18.

(2) Cf. Weiss, p. 435, notes 1 et 2; Despagnet, n. 196; Garraud, *op. cit.*, I, n. 174; Calvo, *op. cit.*, II, n. 1181; Peiron, *op. cit.*, p. 95; *J. Clunet*, 1878, p. 490.

estimons qu'alors les privations de droits qui y sont attachées suivent partout celui-ci, par application de l'art. 3, 3e al., C. civ. (1), et conformément du reste à notre ancien droit (2). C'est qu'en effet, pour avoir sur le statut personnel du condamné cette influence extraterritoriale, cette décision a une qualité que ne possède pas celle qui serait rendue contre lui par des juges étrangers, et c'est d'intervenir au nom de sa loi nationale, c'est-à-dire de la loi qui régit son état et sa capacité, en quelque pays qu'il se trouve. Or, du moment que cette loi lui retire elle-même la jouissance ou l'exercice de certains droits, quelle que soit la raison d'être de cette privation, elle altère et diminue sa capacité vis-à-vis de tous, et l'état d'incapacité dans lequel elle place le condamné devient indépendant du pays où il séjourne. Objectera-t-on que la peine arrive ainsi à s'exécuter en dehors du pays où elle a été prononcée, au grand préjudice de la souveraineté étrangère ? Mais, à vrai dire, ce n'est pas la peine qui s'exécute : non seulement l'autorité étrangère n'a pas à concourir à son exécution, puisqu'il s'agit d'une simple déchéance, mais encore elle ne fait que respecter le statut personnel du condamné, tel qu'il est constitué par une décision émanant de ses juges naturels; et peu importe le motif en vertu duquel son état et sa capacité se trouvent ainsi affectés. Sans doute, s'il ne s'agissait que d'une peine, le condamné devrait y échapper en dehors de son pays, où elle l'a frappé : mais il s'agit en outre d'une modification de son statut personnel, lequel le suit à l'étranger, du moins en principe.

776. Ce principe comporte, en effet, une restriction. Par application d'une règle générale déjà connue, le condamné

(1) Demante, I, n. 54 *bis*, III et IV; Weiss, p. 435 et 436; Despagnet, n. 196; Demangeat sur Fœlix, II, p. 316, note *a*, et *Hist. de la cond. des étr.*, p. 375; Delvincourt, I, p. 23, note 2; Bertauld, *Quest. prat.*, I, n. 159; Brocher, *Rev. de dr. intern.*, 1871, III, p. 439; Moreau, *Des effets en Fr. des jug. rendus par les trib. étr.*, p. 152; Deloume, *Pr. du dr. intern. en mat. crim.*, Paris, 1882, p. 124; J. Bressolles, *op. cit.*, p. 18; Chéneaux, *op. cit.*, n. 256; R. Bufnoir, *De l'autor. de la ch. jugée en matière d'état des personnes* (Thèse, Paris), 1893, p. 157. — Cf. Montéage, *J. Clunet*, 1885, p. 397 s. — Colmar, 6 août 1814, précité.

(2) Boullenois, *Tr. de la pers. et de la réal. des lois*, I, tit. Ier, ch. II, obs. IV, p. 64 s.; Bourjon, *Dr. commun de la France*, I, p. 111.

continuerait à jouir à l'étranger des droits dont la privation serait considérée en dehors de son pays comme blessant l'ordre public international, c'est-à-dire comme contraire à des considérations dont le respect constant et universel est réputé absolument essentiel au maintien de la société [1]. C'est ainsi que, depuis la loi du 31 mai 1854, un étranger atteint de mort civile, en vertu d'une décision émanant des juges de son pays, ne serait pas considéré en France comme privé de ceux de ses droits dont la privation résulterait pour lui de la fiction qu'il est mort.

[1] Cf. les autorités citées à la note 1 de la page précédente, et Aubry et Rau, I, § 31, p. 152 et 153, n. 40-42 *bis;* Demangeat, *Rev. prat.,* 1856, I, p. 53. — Paris, 16 janv. 1836, S., 36. 2. 70.

TABLE DES MATIERES

CONTENUES DANS LE TOME Ier

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT EN GÉNÉRAL

§ I. *Définitions.*

(Nos)		Pages
1.	Définition objective et objet du droit	1
2-3.	Matière des règles juridiques. Distinction de la morale et du droit	1
4-9.	De la distinction du droit naturel et du droit positif	3
10.	Définition de la loi *lato sensu* et *stricto sensu*	10
11.	Sanction de la loi. Différentes espèces de sanctions	11
12.	Du droit comme science et comme art	11
13.	De la place du droit dans la science. Ses rapports avec les autres sciences sociales	12

§ II. *Divisions du droit.*

14.	I. Distinction du droit national et du droit international	12
	A. Droit national ou interne : public et privé	12
	B. Droit international ou externe : public et privé	14
15.	II. Distinction du droit civil et du droit des gens	15
16.	III. Distinction du droit écrit et du droit non écrit ou coutumier	16
16 *bis*.	Sources formelles du droit et libre recherche	17
17.	De la force actuelle de la coutume	18
18.	Autorité des usages consacrés par la loi	18
19.	Leur violation donne ouverture à cassation	19
20.	Autorité des usages auxquels la loi ne renvoie pas et qui ne lui sont pas contraires	19
21.	De leur autorité spéciale en droit commercial	22
22-23.	De la force des usages antérieurs au Code civil et non abrogés par lui	22
24.	A quels signes se reconnaît l'existence de l'usage	23
25-26.	Modes de preuve de l'usage	26
27.	L'existence et la consistance de l'usage sont-elles des questions de fait ?	27
28.	IV. Distinction du droit théorique et du droit pratique	28
29.	V. Distinction du droit général et du droit spécial	28
30.	Caractère du droit civil spécial	29

(Nos) Pages

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT FRANÇAIS

31. Division de ce droit en trois périodes 29

§ I. *Droit ancien.*

32. De la personnalité des lois après l'invasion des barbares. 30
33. Des *decreta, edicta* et *capitula* 31
34. Le droit canonique 31
35. Disparition de la personnalité des lois. Origine des coutumes territoriales 31
36. Le droit romain. 32
37. Son influence dans le domaine du droit public 32
38. Son influence dans le domaine du droit privé. Distinction des pays de droit écrit et des pays de coutumes 33
39. Autorité du droit romain dans les pays de droit écrit. 34
40. Autorité du droit coutumier dans les pays de coutumes 35
41. Caractère originaire du droit coutumier. Enquêtes par turbes. . . 36
42. Comment les coutumes perdirent leur caractère primitif. 37
43. Rédaction des coutumes ; ses effets 38
44. Diversité des coutumes. Tentatives d'unification législative. Constitution d'un droit commun 39
45. Autorité universelle des actes royaux. Formalité de l'enregistrement 40
46. Des ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes 41
47. Les grandes ordonnances. 42
48. Importance du droit canonique. 44
49. Hétérogénéité du droit ancien. 45

§ II. *Droit intermédiaire.*

50. Ses caractères généraux ; ses limites 46
51. Nécessité de la modification du droit ancien 46
52. Projet de l'Assemblée nationale de faire un code. 47
53. Des projets de code de la Convention et du Directoire. 48

§ III. *Droit nouveau.*

54. Préparation du projet du code civil par la Commission. 49
55. Organisation du pouvoir législatif d'après la Constitution de l'an VIII 50
56. Confection de la loi à cette époque. 51
57. Réorganisation du Tribunat et institution de la communication officieuse 53
58. Confection du code civil 54
59. Son objet. 55
60. Ses divisions. 55
61. Ses diverses éditions. 56
62. Appréciation générale du Code civil. 57
63. Ses différentes sources 60

(Nos) Pages
64. Principes généraux sur lesquels il repose 61
65. Ses destinées. 62
66. De l'abrogation par le Code civil du droit antérieur 63
67. 1° Abrogation du droit ancien proprement dit 64
68-70. Dans quels cas une « matière » est-elle traitée par le Code? 65
71. Conséquences de cette abrogation 66
72. 2° Abrogation du droit intermédiaire 66
73. Le Code de procédure civile 67
74. Influence de sa publication sur les dispositions du Code civil . . . 68
75. Le Code de commerce 69
76. Influence de sa publication sur les dispositions du Code civil . . . 69
77. Le Code pénal et le Code d'instruction criminelle 69
78. Le Code forestier. 70
79. Les Codes de justice militaire. 70
80. De la codification en général. 70

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL

81. Objet de ce titre 75

CHAPITRE PREMIER

CONFECTION, PROMULGATION, PUBLICATION ET ABROGATION DES LOIS

§ I. *Confection des lois.*

82. Définition de la loi *lato sensu*. Différentes sortes de lois. 76
83. Lois constitutionnelles. Pouvoir constituant 77
84. Lois proprement dites. Pouvoir législatif 77
85. De l'ancien droit de sanction du chef de l'Etat 77
86. Règlements. Pouvoir réglementaire. 78
87. De la légalité des règlements 78
88. De l'autorité des circulaires et décisions ministérielles 79

§ II. *Promulgation des lois.*

89. Sa définition et son objet 80
90. Dans quelles conditions elle intervient 81
91. Sa formule. 81
92. De la date de la loi 81

§ III. *Publication des lois.*

93. Sa définition et son objet. 82
94. Distinction de la promulgation et de la publication. 82
95. Dans quels cas la publication ne rend pas la loi immédiatement obligatoire 83
96-97. Comment s'effectue la publication 84

(N°) Pages
98. I. Publication des lois 85
99. 1° D'après l'art. 1er du Code civil 85
100. Les fractions de dizaines de myriamètres entrent-elles dans le calcul du délai? 86
101. Comment est connu le point de départ du délai de publication . : 87
102. De la publication en cas d'urgence. 88
103. 2° D'après le décret des 5-11 nov. 1870 88
104. La publication d'une loi peut-elle avoir lieu indifféremment au *Bulletin des lois* ou au *Journal officiel?* 89
105. Du délai de la publication au cas d'insertion de la loi au *Journal officiel* 90
106. II. Publication des décrets. — 1er cas : Insertion du décret dans une feuille officielle. 91
107. 2e cas : Non-insertion du décret dans cette feuille 92
108. Observation générale. 93
109. III. Effets de la publication : double question 93
110. Autorité de la loi avant la publication. 93
111. Force obligatoire de la loi après la publication. 94
112-114. Des cas dans lesquels il est permis d'exciper de son ignorance de la loi 94
115. Des effets de la publication en dehors du territoire français. . . . 95
116. A quel moment précis la loi nouvelle remplace l'ancienne au regard de chaque individu. 96

§ IV. *Abrogation des lois.*

117. Sa définition et ses différents modes. 98
118. Distinction de l'abrogation expresse et de l'abrogation tacite . . . 98
119. Conflit d'une loi générale et d'une loi spéciale 99
120. Formule ordinaire d'abrogation tacite. 99
121. L'abrogation d'une loi ne peut résulter de l'occupation du territoire par l'ennemi 99
122. Elle ne résulte pas non plus de la cessation de l'état de choses en vue duquel la loi a été faite. 100
123. La loi peut-elle être abrogée par le non-usage ou un usage contraire? 100
124. Autorité particulière des usages commerciaux 102

CHAPITRE II

EFFETS DES LOIS

125. Division. 103

SECTION PREMIÈRE

EFFETS DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT

§ I. *Principe.*

126. Comment naît le conflit de deux lois successives 103
127. Principe général à observer pour sa solution. 104
128. Définition de la rétroactivité de la loi 105

(Nos) Pages
129-132. Distinction des droits acquis et des intérêts ou expectatives. Différents critériums proposés. 105
133-134. Le critérium adopté 107
135-137. Théorie de M. de Vareilles-Sommières. Sa réfutation 111
138. Caractère du principe de la non-rétroactivité de la loi. 117
139. A quels signes reconnaît-on qu'une loi est rétroactive ? 117

§ II. *Applications.*

140. Division 119
141. Lois interprétatives. 119
142. Lois pénales. 120
143. I. Lois relatives aux droits publics. 121
144. II. Lois relatives à l'état des personnes : principe 122
145. Conséquences 122
146. Distinction des qualités constitutives de l'état et des avantages qui y sont attachés 124
147. III. Lois relatives à la capacité et à la protection des personnes : principe. 124
148. Conséquences. 125
149. Application du principe aux décisions judiciaires. 126
150. IV. Lois relatives à la distinction des biens et aux droits réels. Lois relatives à la nature des biens 127
151. Lois relatives à l'existence d'un droit réel. 128
152. Lois relatives à l'usage et à la conservation du droit 128
153. Conséquences. 129
154. V. Lois relatives aux obligations : 1° règle quant aux conditions intrinsèques de validité 130
155. Conséquences 131
156. 2° Règle quant aux effets des obligations 132
157. De la distinction des effets et des suites des contrats. 132
158-160. Conséquences 133
161. Observation 137
162. VI. Lois relatives aux successions et aux dispositions à titre gratuit. — Règle relative à la capacité de disposer et de recueillir en général. 137
163. Règle relative à la capacité du testateur en particulier. 137
164. Règle relative à la vocation héréditaire. 138
165. Règle relative aux conditions intrinsèques des dispositions à titre gratuit. 138
166. Règle relative au rapport à succession. 139
167-170. Règle relative à la fixation de la quotité disponible. 140
171. VII. Lois relatives à la prescription 143
172. VIII. Lois relatives à la forme des actes. 143
173. Application de la règle aux testaments en particulier. 144
174. IX. Lois relatives à la preuve des actes 145
175. X. Lois relatives à l'organisation judiciaire, à la compétence, à la procédure et aux voies d'exécution : principe 145
176. Conséquences en ce qui concerne la compétence 146
177. Conséquences en ce qui concerne la procédure 148
178. Conséquences en ce qui concerne les voies d'exécution 149

(Nos) Pages

SECTION II

EFFETS DES LOIS RELATIVEMENT AUX PERSONNES ET AU TERRITOIRE QU'ELLES RÉGISSENT

§ I. *Historique.*

179. Comment naît le conflit de la loi nationale et de la loi étrangère. 150
180. Comment il peut être résolu : système de la territorialité de la loi. 151
181. Système de la personnalité de la loi 151
182. Système intermédiaire : conceptions de la courtoisie internationale et de l'égalité des Etats 151
183. Applications de la personnalité de la loi 152
184. Applications de la territorialité : réalité des coutumes 152
185-186. Théorie des statuts 153
187. Ses transformations. 155
188. Théorie rationnelle des conflits de lois 156
189-191. Solution admise par le Code civil 157

§ II. *Des conflits de lois.*

192. Disposition de l'art. 3. Division du sujet 161

I. *Conflits des lois de police et de sûreté.*

193. Principe. 162
194. Etendue de l'autorité territoriale de la loi nationale. 162
195. Quels étrangers sont soumis aux lois de cette nature 162
196. Détermination de ces lois. 163

II. *Conflits des lois relatives à l'état et la capacité.*

197. Notion du statut personnel. 164
198. Division du sujet 164
199. 1° Loi régissant l'état et la capacité du Français à l'étranger : principe. 165
200. Application du principe aux décisions judiciaires. 165
201. Généralité de ce principe. 166
202. Ses conséquences 166
203. 2° Loi régissant l'état et la capacité de l'étranger en France : principe 167
204. Son application aux décisions judiciaires émanées de juridictions civiles. 168
205. Son application aux décisions judiciaires émanées de juridictions répressives. 168
206. Exception au principe en ce qui concerne certaines incapacités . . 168
207. S'applique-t-il au cas où l'étranger doit être, d'après sa propre loi, régi par la loi de son domicile ? Théorie du renvoi. . . . 169
208. Exception au principe commandée par l'ordre public international 171
209. S'applique-t-il encore lorsque l'application de la loi étrangère préjudicie aux nationaux ? 172
210. 3° Loi régissant l'état et la capacité des individus qui ont deux nationalités ou qui n'en ont aucune 174

(Nos) Pages

III. *Conflits des lois relatives aux biens.*

211. Notion du statut réel 175
212. Principe en ce qui concerne les lois relatives aux immeubles . . . 175
213. Principe en ce qui concerne les lois relatives aux meubles 176
214. Conséquences de ces principes. 177

IV. *Conflits des lois relatives à la forme des actes.*

215. Principe : *locus regit actum* 178
216. Son fondement 179
217. Sa consécration par la loi. 180
218. 1° Son application aux actes juridiques proprement dits (*negotia*), et spécialement aux actes solennels. 180
219. Conséquence. 181
220. 2° Son application aux actes instrumentaires (*instrumenta*), et spécialement aux actes sous seing privé 182
221. Conséquences 183
222. La règle s'applique-t-elle à la détermination de la date d'un acte ? 183
223. Exceptions à la règle : 1° actes frauduleux 186
224. Sort de ces actes 186
225. 2° Prohibitions de la loi nationale des parties. 187
226. 3° Actes relatifs à certains biens. 188
227-228. Caractère de la règle : est-elle impérative ou facultative ?. 188
229. Faculté de recourir au ministère des agents diplomatiques ou consulaires 190
230-231. Leur compétence est-elle obligatoire en certains cas ? 190
232. Etendue de la compétence de ces agents 191

CHAPITRE III

APPLICATION ET INTERPRÉTATION DU DROIT

SECTION PREMIÈRE

FONCTION DU POUVOIR JUDICIAIRE

233. Séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. 191
234. Obligation pour le juge de juger. 192
235. Conséquences de cette obligation. 193
236. *1re Hypothèse :* Devoir du juge lorsque la loi est claire 193
237-238. *2e Hypothèse :* Devoir du juge lorsque la loi est muette. 193
239. Interdiction pour le juge d'en référer au pouvoir législatif 195
240. *3e Hypothèse :* Devoir du juge quand la loi est obscure 195
241. Autorité relative de l'interprétation judiciaire 196
242. Mission régulatrice de la Cour de cassation 196
243. Du pourvoi en cassation 197
244. Pouvoirs de la Cour suprême 197
245-245 *bis* Définition de la jurisprudence (*stricto sensu*) ; son autorité 199
246. Interdiction des arrêts de règlement. 202
247. Des anciens arrêts de règlement 202
248-250. Conséquences de cette interdiction. 203

(Nos) Pages

SECTION II

INTERPRÉTATION ET APPLICATION DU DROIT

§ I. *Diverses espèces d'interprétation.*

251. Distinction des différentes sortes d'interprétation quant à leur objet 205
251 *bis*. Distinction des différentes sortes d'interprétation quant à leur origine 205
252. Définition de l'interprétation privée 205
253. Définition de l'interprétation publique 206
254. De l'interprétation judiciaire 206
255. De l'interprétation législative. 206

§ II. *De la méthode d'interprétation.*

256. Division 208

I. *Interprétation des lois et des autres sources formelles du droit.*

256 *bis*. Caractère de cette interprétation 208
257. Double mission de l'interprète 209
258. I. De l'interprétation proprement dite. Ses règles : 1° autorité du texte de la loi 209
258 *bis*. De la permanence du sens du texte 210
259. 2° Interprétation grammaticale du texte 211
260. 3° Interprétation logique : rapprochements à opérer 211
261. 4° Autorité de l'esprit de la loi. 212
261 *bis*. Rôle de l'élément historique 212
262. Importance des travaux préparatoires 212
263. 5° Appréciation des conséquences de la loi 213
264. II. De l'application proprement dite. Arguments *a pari, a contrario, a fortiori* 214

II. *Interprétation du droit à défaut des sources formelles.*

264 *bis*-I. Comment se pose la question de la détermination de cette partie de la méthode 215
264 *bis*-II. Méthode traditionnelle : son exposé. 216
264 *bis*-III-VI. Sa critique 218
264 *bis*-VII. Méthode novatrice 225
264 *bis*-VIII. Sa critique 226
264 *bis*-IX. Méthode qui distingue deux parties dans la tâche de l'interprète. 228
264 *bis*-X. Ses règles en tant qu'elle détermine le contenu de la loi 229
264 *bis*-XI. Ses règles en tant qu'elle se livre à la libre recherche 231
264 *bis*-XII. Appréciation de cette méthode. 234
264 *bis*-XIII. De l'analogie comme source du droit 237

CHAPITRE IV

AUTORITÉ DE LA LOI

265. Du degré d'autorité des dispositions légales. 239

(Nos) Pages
266. Des lois d'ordre public : interdiction d'y déroger. 239
267. Importance de la règle qui les concerne. 240
268. Détermination des caractères de l'ordre public en général. 241
269. Des différents groupes de lois d'ordre public 242
269 *bis*. Les actes qui sont contraires aux bonnes mœurs, mais non pas à des textes de lois, sont-ils aussi défendus ? 245
270-271. Sanctions de l'interdiction. 246
272-273 *bis*. Notion de l'ordre public international, distingué de l'ordre public interne. 249
274-275. Cette distinction est-elle fondée ? 253
276-281. Détermination des caractères de l'ordre public international. . . . 255
282-283. Autorité des lois d'ordre public international : effet direct. 261
284-285. Ont-elles aussi un effet indirect ou réflexe ? 264

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

NOTION DE LA PERSONNALITÉ

286-287. Définition de la personne et distinction des différentes espèces de personnes. 269

§ I. *Des personnes physiques.*

I. *De leurs conditions d'existence.*

288. A quels individus appartient la personnalité. 270
289. A quelles conditions elle leur appartient : de la naissance ou de la conception. 270
290. 1° Il faut qu'ils naissent vivants. 270
291. 2° Il faut qu'ils naissent viables. Présomption de viabilité : moyen direct de la combattre. 271
292. Cède-t-elle parfois à la présomption de non-viabilité ? 271
293. Absence d'influence des difformités physiques sur la personnalité. 272
294. Extinction de la personnalité. 272

II. *De l'individualisation des personnes physiques. Des noms et des titres de noblesse.*

294 *bis*-I. De l'individualisation de la personne par le nom ou le titre de noblesse 273

N° 1. Du Nom.

294 *bis*-II. Le nom patronymique, les prénoms et surnoms. 273
294 *bis*-III. *Notions historiques.* Le nom chez les peuples de l'antiquité 274
294 *bis*-IV. Les différentes espèces de désignations dans l'ancienne France . . 276
294 *bis*-V. Le droit intermédiaire et le droit nouveau 283
294 *bis*-VI. Droit actuel. Division. 286

N°		Pages
294 *bis*-VII.	I. Du nom patronymique ou de famille. Division	286
294 *bis*-VIII.	*a*. Nom des enfants légitimes	286
294 *bis*-IX	*b*. Nom des enfants naturels	287
294 *bis*-X.	Nom des enfants adultérins ou incestueux	289
294 *bis*-XI.	*c*. Nom des enfants trouvés	290
294 *bis*-XII.	Principe de l'immutabilité du nom patronymique	291
294 *bis*-XIII.	Il ne peut pas se perdre par le non-usage	291
294 *bis*-XIV.	Il ne peut pas être modifié par un acte de volonté	292
294 *bis*-XV.	Diverses sanctions du principe	293
294 *bis*-XVI et XVII.	Sanctions pénales	293
294 *bis*-XVIII.	Action du ministère public en rectification des actes de l'état civil	297
294 *bis*-XIX.	Action en suppression de nom	300
294 *bis*-XX.	Conditions d'exercice de cette action : 1° il faut être légitime possesseur du nom réclamé	301
294 *bis*-XXI.	Elle appartient à tout légitime possesseur	303
294 *bis*-XXII.	2° Il faut établir l'usurpation du nom	304
294 *bis*-XXIII.	3° Il faut justifier de l'existence d'un préjudice. Controverse	304
294 *bis*-XXIV.	De la compétence des tribunaux ordinaires pour les contestations relatives au nom	309
294 *bis*-XXV.	Des changements de nom licites	309
294 *bis*-XXVI.	Des changements qui se produisent par voie de conséquence	309
294 *bis*-XXVII.	Des changements qui se produisent à titre principal. Procédure	310
294 *bis*-XXVIII.	II. Des prénoms. Diverses règles relatives aux prénoms	314
294 *bis*-XXIX.	III. Des surnoms et pseudonymes. Les surnoms	316
294 *bis*-XXX.	Les pseudonymes	318

N° 2. Des titres de noblesse.

294 *bis*-XXXI.	Caractère actuel des titres de noblesse	320
294 *bis*-XXXII.	*Notions historiques.* Origine, transformation et transmission de ces titres	320
294 *bis*-XXXIII.	Qualifications nobiliaires	325
294 *bis*-XXXIV.	Abolition des anciens titres de noblesse par la Révolution. Création des titres impériaux par Napoléon	327
294 *bis*-XXXV.	Vicissitudes successives des titres anciens et des titres nouveaux	328
294 *bis*-XXXVI.	*Droit actuel.* Existence et caractère actuel des titres de noblesse	329
294 *bis*-XXXVII.	Des usages de ces titres qui sont défendus	332
294 *bis*-XXXVIII.	Usurpation des titres : ses sanctions	333
294 *bis*-XXXIX.	De l'autorité compétente en matière de collation ou de vérification des titres de noblesse	335

§ II. *Des personnes morales civiles ou juridiques.*

295.	Personnification des collections d'intérêts et des œuvres : son utilité	337

(Nos) Pages
296. 296 *bis*-I. Les personnes civiles ne sont-elles que des « choses » et des « collections de biens » ? 340
296 *bis*-II. Ne sont-elles que des fictions et des créations artificielles de la loi? Exposé de l'opinion affirmative. 343
296 *bis*-III. Exposé de la doctrine négative. 345
297. Influence de ces doctrines sur la question de l'origine de la personnification et des garanties sociales à prendre vis-à-vis des personnes civiles. 346
297 *bis*. A quelles conditions s'acquérait jusqu'à la loi de 1901 la personnalité en droit français. 347
298. Origines historiques du principe ancien. 348
299. Consécration de l'ancien principe par des textes divers. 351
299 *bis*. De l'autorité de qui émanait la déclaration ou la reconnaissance d'utilité publique. 351
300-300 *bis*. Du système de la jurisprudence relatif à la « demi-personnalité » ou à l' « individualité » 353
300 *bis*-I. Du régime institué par la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association : les diverses espèces d'associations. 357
301. Différentes classifications des personnes civiles 361
302. Leur situation juridique : attributs généraux de la personnalité civile 363
303. Des droits dont les personnes morales ont la jouissance : solutions certaines, avant la loi de 1901. 365
303 *bis*-I. Ancienne controverse relative à leurs droits patrimoniaux. 366
303 *bis*-II. Controverse relative au principe de la spécialité ? 369
303 *bis*-III. Solutions de ces diverses questions, sous le régime de la loi du 1er juillet 1901 372
304. De l'exercice, par les personnes civiles, des droits dont elles jouissent. 375
305. Extinction de la personnalité civile 377
306. Ses effets quant aux biens de la personne : avant la loi de 1901. . 378
306 *bis*. Ses effets sous le régime de la loi de 1901 381
307. Etat et nationalité des personnes civiles. 383
308. De leur existence en dehors du pays où elles se sont constituées. 384
309. De la personnalité des Etats étrangers. 390
310. Des droits civils dont jouissent les personnes civiles étrangères et de leur capacité en général. 392
310 *bis*-I. De la subordination de leur capacité aux exigences de l'ordre public international. 392
310 *bis*-II. Application de la règle aux Etats étrangers 393
310 *bis*-III. Les personnes étrangères en général sont-elles soumises au principe de la spécialité ? 394
310 *bis*-IV. *Quid* des Etats étrangers en particulier ? 396
311. Définition subjective des *droits*. Distinction des droits civils et des droits politiques 397
312. Définition de l'état des personnes 398
313. Définition de leur capacité 400
314. Définition du patrimoine 400

(Nos) Pages

TITRE PREMIER

JOUISSANCE ET PRIVATION DES DROITS CIVILS

CHAPITRE PREMIER

JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

315. Distinction de la jouissance et de l'exercice d'un droit, et des différentes incapacités 401
316. A qui appartient la jouissance des droits civils 402

SECTION PREMIÈRE

DES NATIONAUX FRANÇAIS

§ I. *Historique.*

317. Définition de la nationalité. 403
318. Du principe que chacun doit avoir une nationalité 404
319. Différents systèmes de détermination de la nationalité d'origine. . 405
320. Application à Rome du *jus sanguinis* 405
321. Application du *jus soli* à l'époque féodale. 406
322. Application d'un système mixte à l'époque moderne 406
323. Droit intermédiaire 406
324. Système consacré par le Code civil 408
325. Modifications réalisées par les lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874 409
326. Refonte de la législation sur la nationalité par la loi du 26 juin 1889. Ses traits principaux 409
327. Modification réalisée par la loi du 22 juillet 1893 411
328. Effet abrogatoire de la loi de 1889. Règlement du 13 août 1889 . . 411

§ II. *Acquisition de la qualité de Français.*

329. Double mode d'acquisition de cette qualité 412

I. *Acquisition de la qualité de Français par la naissance.*

330. Triple cas dans lequel ce mode opère 412

1er Cas : *Enfant issu de parents français.*

331. Effet de la filiation sur la nationalité. 412
332. Enfants légitimes : règle 413
333. Enfants naturels. Des différents cas possibles 413
334. 1er Cas : Enfant reconnu par un seul de ses auteurs : règle 414
335. 2e Cas : Enfant reconnu par ses deux auteurs dans un seul et même acte : règle 414
336. 3e Cas : Enfant reconnu par ses auteurs dans deux actes distincts : règle 415
337. Absence d'influence de la légitimation elle-même sur la nationalité 416

(Nos) Pages
338. Nationalité des enfants adultérins ou incestueux 416
339-340. A quelle époque se fixe la nationalité de l'enfant à raison de sa filiation. 417
341. Enfants adoptifs : absence d'influence de l'adoption 419

2e Cas : *Enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue.*

342. Régle 419

3e Cas : *Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né.*

343. Phases successives par lesquelles a passé sa situation. 1° Législation du code civil 420
344. 2° Lois du 7 février 1851 et du 16 décembre 1874. 421
345. 3° Loi du 26 juin 1899. 421
346. 4° Loi du 22 juillet 1893 422
347. Double condition à laquelle est subordonnée l'application de l'art. 8-3° : naissance en France de l'un des auteurs de l'enfant et de l'enfant lui-même. 423
348. Il n'est exigé aucune condition de résidence ou de domicile . . . 424
349. Pen importe la nationalité antérieure de l'auteur né en France . . 425
350. Y a-t-il une exception à l'art. 8-3° en faveur des enfants des agents diplomatiques? 425
351. Cas où l'enfant peut répudier la nationalité française 426
352. Du délai dans lequel il le peut 426
352 *bis*. Peut-il renoncer par anticipation à cette faculté de répudiation? . 426
352 *ter*. La nationalité française est-elle acquise définitivement à l'enfant, s'il a répondu sans protestation à l'appel sous les drapeaux?. 427
353. Disposition transitoire de la loi de 1893 (art 2). 428
354. Situation des individus qui remplissaient les conditions de l'art. 8-3° avant la loi de 1893. 428
355. Effets de l'acquisition de la qualité de Français dans ce cas, si l'enfant est irrévocablement français 429
355 *bis*. Ses effets, s'il n'est Français que sous condition résolutoire 430
355 *ter*. Cas d'omission sur les tableaux de recensement 431

II. *Acquisition de la qualité de Français postérieurement à la naissance.*

356. Des trois modes par lesquels s'opère cette acquisition. Terminologie 431

1. Bienfait de la loi.

357. Sa définition. 432
358. Son fondement. Ses différents cas d'application 432

1er Cas : *Enfants nés en France de parents étrangers qui eux-mêmes n'y sont pas nés.*

359. Phases par lesquelles a passé successivement leur situation. Distinction actuelle suivant que l'enfant est ou non domicilié en France à sa majorité. 433
360. Observation et division du sujet. 433

Nos | Pages
361. Personnes auxquelles s'appliquent les art. 8-4° et 9; double condition 433
362. 1re condition : naissance en France 434
363. 2me condition : être issu d'auteurs étrangers nés à l'étranger . . . 435
364. Peu importe la situation en France de ces auteurs 435
365. Subdivision du cas en deux hypothèses 435

1re Hypothèse : *Enfants non domiciliés en France lors de leur majorité.*

366. Textes de l'art. 9, ancien et nouveau. 435
367. *Conditions auxquelles est subordonnée l'acquisition de la qualité de Français :* leur objet différent. 436
368. *Capacité requise chez l'intéressé :* controverse ancienne 436
369. Solution de la loi actuelle. 438
370. Capacité requise en la personne de la femme mariée. 438
371. Situation ancienne des mineurs : lois de 1874, de 1882 et de 1883. 438
372. Leur situation actuelle : option exercée par leurs représentants. . 439
373. De quels représentants doit-elle émaner?. 440
374. Situation particulière du mineur émancipé 440
375. *Manifestation de volonté de l'intéressé :* sa double forme. 440
376. 1° *Manifestation expresse* : triple condition. 441
377. 1re condition : engagement de fixer son domicile en France. Par qui cet engagement était anciennement reçu 441
378. Par qui il l'est actuellement : compétence des agents diplomatiques et consulaires. 441
379. A quelle époque doit être faite cette soumission. Doit-elle l'être par les représentants du mineur? 442
380. Conséquence du défaut de soumission. 443
381. 2me condition : établissement du domicile en France dans l'année de la soumission 443
382. 3me condition : réclamation de la qualité de Français par une déclaration 443
383. Délai et formes de la déclaration; par qui elle est reçue. 444
384. Son enregistrement à la chancellerie, ses caractères avant la loi de 1893 444
385. Sa sanction et ses caractères actuels. 445
386. Du refus de l'enregistrement pour défaut des conditions légales. 446
387. Du refus de l'enregistrement pour indignité 446
388. A quelle date s'opère la nationalisation 447
389. Publicité de la déclaration 448
390. De la possibilité de contester l'acquisition de la nationalité française 448
391. 2° *Manifestation tacite de volonté.* Loi des 22-25 mars 1849 . . . 448
392. Loi de 1889 : cette manifestation résulte du fait d'avoir pris part aux opérations du recrutement sans exciper de son extranéité 449
393. Des conditions que doit remplir cette participation. 450
394. Dans quel cas cette option sera-t-elle susceptible d'opérer, sous le régime de la loi militaire de 1905?. 451
394 *bis*. Cette option tacite peut-elle émaner d'un mineur? 452

(Nos) Pages

395. *Des effets de l'acquisition de la qualité de Français.* — Situation de l'étranger avant cette acquisition 452
396. Peut-il être spécialement l'objet d'un arrêté d'expulsion? Examen de cette question générale 453
397. Sa situation à certains points de vue particuliers avant la loi de 1889 459
398. Sa situation après cette acquisition : ses droits spécialement sous le rapport de l'éligibilité aux chambres législatives 459
398 *bis*. Ses obligations, notamment sous le rapport du service militaire. . 460
399. L'acquisition s'opérait-elle avec effet rétroactif avant 1889? 461
400. Elle n'a pas d'effet rétroactif d'après la loi de 1889. 463
401. Produit-elle des effets individuels ou des effets collectifs, c'est-à-dire quels sont ses effets par rapport à la famille du nouveau Français?. 463

2me Hypothèse : *Enfants domiciliés en France lors de leur majorité.*

402. Situation nouvelle faite à ces individus par la loi de 1889 466
403. Des personnes visées par l'art. 8-4° 467
404. De la faculté de répudiation de la nationalité française qui leur appartient. — Leur appartient-elle encore, si leurs représentants légaux ont déjà opté, en leur nom, pour la nationalité française?. 468
404 *bis*. Effet de la renonciation faite par eux, au nom du mineur, à la faculté de décliner cette nationalité : 1° sous l'empire de la loi militaire de 1889 469
404 *ter* et *quater*. 2° Sous l'empire de la loi militaire de 1905 470
405. Peut-on renoncer tacitement à cette faculté : 1° lorsque l'individu est majeur? 472
405 *bis*. 2° Lorsque l'individu est mineur? 473
406. Enumération des trois conditions d'exercice de cette faculté. . . . 474
407. 1re condition : décliner la nationalité française. De la déclaration qui a cet objet 474
408. 2me condition : prouver la conservation de la nationalité étrangère. De l'attestation qui a cet objet 475
409. 3me condition : prouver qu'on a satisfait à la loi militaire étrangère. Du certificat ayant cet objet. 475
410. Situation des individus visés par l'art. 8-4° avant leur majorité. . 476
411. Situation des individus visés par l'art. 8-4° lors de leur majorité. L'acquisition de la nationalité française s'opère-t-elle avec effet rétroactif? 477
412. Effets de la répudiation de cette nationalité : produit-elle des effets rétroactifs? 478
413. Interdit-elle l'acquisition ultérieure de cette nationalité? 479
414. Questions transitoires que soulève l'application de l'art. 8-4° . . . 480

2e Cas : *Enfants nés d'un ex-Français.*

415. Fondement de la disposition de l'art. 10. 481
416. Des personnes qu'elle vise 482
417. Peu importe, en principe, le lieu de la naissance. 483

(Nos) Pages
418. Peu importe que la nationalité française ait appartenu à leur père ou à leur mère 483
419. Peu importe la cause en vertu de laquelle cette nationalité a été perdue. *Quid* spécialement de l'annexion ? 484
420. Des conditions auxquelles s'opère la nationalisation 485
421-421 *bis*. Cas dans lequel elle devient impossible 486
422. Ses effets 487

3me Cas : *Femme étrangère qui épouse un Français.*

423. Fondement de la disposition de l'art. 11 487
424. Des conditions auxquelles s'opère la nationalisation 488
425. Peu importe que l'étrangère ait été Française 488
426. Conditions que doit remplir le mariage 489
427. Effets non rétroactifs de la nationalisation 489
428. Ils survivent à la dissolution du mariage 489
429. Ils survivent à la dénationalisation du mari 490
430. Ils sont purement individuels 490
431. Observation 491

2. De la naturalisation.

432. De la liberté de la dénationalisation 491
433. Définition de la naturalisation 491
434. Des différents systèmes de naturalisation quant aux modes selon lesquels elle s'opère 492
435. Des différents systèmes quant à ses effets 492
436. Historique de la naturalisation. Législation romaine 492
437. Ancien droit français. Conditions dans lesquelles elle intervenait . 493
438. Ses effets en général 494
439. Effets particuliers des « lettres de déclaration » 495
440. Facilités particulières offertes alors pour l'acquisition de la qualité de Français 495
441. Droit intermédiaire 495
442. Droit nouveau : de l'an VIII à 1848 497
443. Loi des 3-11 décembre 1849 498
444. Loi du 29 juin 1867 et loi de 1889 499

a. *Des conditions de la naturalisation.*

445. Enumération de ces conditions 499
446. 1re condition : *Capacité requise pour la naturalisation.* — De la majorité requise 500
447. D'après quelle loi s'apprécient les incapacités autres que celles qui procèdent de l'âge 500
448. Observation 501
449. 2me condition : *Stage requis pour la naturalisation.* — Des deux sortes de stage 501
450. *1° Du stage avec admission à domicile.* Des conditions auxquelles est prononcée cette admission 502
451. Peut-elle l'être au profit d'un incapable ? 503
452. Personnes auxquelles elle doit être refusée 503

(Nos) Pages
453. N'a-t-elle que des effets individuels ? 503
454. Droits qu'elle confère certainement à la famille de l'étranger autorisé. 505
455. Sa révocabilité et sa péremption 505
456. Possibilité de son renouvellement 506
457. Durée du stage de l'étranger admis à domicile 507
458. Du cas particulier où l'étranger a épousé une Française 507
459. Est compté dans le stage le séjour fait à l'étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français . . 507
460. Point de départ du stage 507
461. Dispositions particulières des décrets des 26 oct. et 19 nov. 1870. 508
462. *2° Du stage avec simple résidence* 508
463. 3me condition : *agrément du chef de l'Etat.* — Des conditions dans lesquelles intervient sa décision. 508
464. Publicité du décret de naturalisation. 510
465. Sa validité peut-elle être contestée en justice ? 510
466. Du rejet de la demande de naturalisation. 512
467. Les conditions précédentes n'ont pas d'équipollents. 512

b. *Des effets de la naturalisation.*

468. I. Situation du naturalisé dans l'avenir au point de vue des droits civils 512
469. Sa situation au point de vue des droits politiques 513
470. Des charges auxquelles il est soumis. 514
471-472. Situation du naturalisé dans le passé. 514
473. II. Effets de la naturalisation en ce qui concerne la famille du naturalisé. Ils sont individuels, en principe 515
474. Quels étaient-ils sous l'empire du Code civil ? 516
475. Modifications réalisées par les lois des 7 fév. 1851 et 14 fév. 1882. 517
476. Innovation de la loi de 1889. 517
477. 1° Situation des enfants du naturalisé nés après la naturalisation. 518
478. 2° Situation des enfants mineurs nés avant la naturalisation . . . 518
479. Quels sont les parents dont la naturalisation influe sur la nationalité des enfants ?. 518
480. La qualité de Français peut-elle être consolidée en la personne des mineurs ?. 519
481. 3° Situation des enfants du naturalisé majeur lors de la naturalisation 519
482. 4° Situation de la femme du naturalisé 520
483. Questions transitoires. 521

c. *De la naturalisation spéciale dont bénéficient les descendants des religionnaires.*

484. Dispositions de la loi des 9-15 déc. 1790 (art. 22) et de l'art. 4 de la loi de 1889. 523
485. *Conditions auxquelles s'opère cette naturalisation :* 1° Etre descendant d'un Français qui s'est expatrié à la suite de la révocation de l'Edit de Nantes. 523
486. 2° Fixer son domicile en France. 524
487. 3° Obtenir par décret la nationalité française 525

(Nos) Pages
488. *Effets de cette naturalisation.* Ils se produisent sans rétroactivité. 525
489. *Quid* quant aux droits politiques et quant à la famille du naturalisé? 525
490. Observation 526

3. De l'annexion.

491. Sa définition. 526
492. Transformations successives de l'annexion. 527
493. Historique. De l'annexion à Rome. 527
494. De l'annexion dans l'ancien droit français. 528
495. Des moyens qu'il reconnaissait de se soustraire à ses effets 528
496. Exigence nouvelle d'une option expresse en faveur de l'Etat démembré 529
497. Effets particuliers de l'annexiou portant sur des Etats qui ne font pas partie de la communauté européenne 529
498. Caractères différents, suivant les cas, de l'annexion. 530
499. A quelle époque produit-elle la dénationalisation? 530
500-503. Quelles personnes sont atteintes par l'annexion? 531
504. Moyen de se soustraire à l'annexion : du droit d'option 533
505. De la capacité requise pour l'exercice de ce droit. 534
506. De l'influence de l'option du chef de famille sur la situation de sa femme et de ses enfants mineurs. 534
507. De l'exercice personnel du droit d'option par la femme 534
508. De l'exercice personnel du droit d'option par les enfants mineurs. 535
509. De l'exercice du droit d'option par les personnes interdites ou pourvues d'un conseil judiciaire 535
509 *bis*. Des droits que confère l'annexion aux annexés. 536

§ III. *Perte de la qualité de Français.*

510. Différents modes de dénationalisation : volontaires ou forcés . . . 536
511. De la dénationalisation forcée à Rome 536
512. De la dénationalisation dans l'ancien droit 537
513. De la dénationalisation dans le droit intermédiaire. 538
514. De la dénationalisation dans la législation actuelle 538

1re Cause : *Acquisition volontaire de la qualité d'étranger.*

515. Enumération des conditions auxquelles est subordonnée la perte par cette cause 539
516. 1re Condition. Acquérir la nationalité étrangère. 540
517. Dans quels cas se produit réellement cette acquisition. 540
518. 2me Condition. L'acquérir volontairement 541
519. Nécessité d'une manifestation expresse de volonté 542
520. 3me Condition. Etre capable de changer de nationalité. 542
521. Quelle capacité est requise 542
522. Quelle capacité est requise spécialement en ce qui concerne les personnes interdites ou munies d'un conseil judiciaire 543
523. Quelle capacité est requise spécialement en ce qui concerne la femme mariée, avant qu'elle ne soit séparée de corps. 544
524. Quelle capacité est requise, après qu'elle est séparée 544

(Nos) Pages

525. Condition spéciale de capacité : autorisation, en certains cas, du gouvernement français. 546
526. Déchéance qu'entraînait la dénationalisation sans autorisation sous l'empire du décret du 26 août 1811 547
527. Faut-il tenir compte, pour en apprécier la validité, de l'objet de la dénationalisation ? 548
528. Effets de la dénationalisation. Elle opère sans rétroactivité 551
529. Conséquences de la règle. 552
530. La dénationalisation n'a pas d'effets collectifs. 553
531. Application de la règle en ce qui concerne les enfants mineurs . . 554

2e Cause : *Conservation, malgré la défense du gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.*

532. De l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger sous l'empire des décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811. 555
533. Innovation de la loi de 1889 . : 555
534. La dénationalisation ne s'opère : 1o que tout autant que l'investiture émane d'un gouvernement régulier 556
535. 2o Que la fonction est une fonction publique. 556
536. Règles spéciales du décret du 7 janvier 1808 et de l'avis du Conseil d'Etat des 14-21 janvier 1812. 557

3e Cause : *Fait de prendre du service militaire à l'étranger sans autorisation du gouvernement français.*

537. Innovation de la loi de 1889 558
538. Comment opère cette cause. — Condition qne doit remplir l'autorisation du gouvernement. 558
539. Conditions auxquelles est subordonnée la dénationalisation : 1o capacité 559
540. 2o Service dans une armée étrangère. 560
541. L'armée étrangère doit être une armée régulière 561
542. 3o L'incorporation doit être volontaire. 562

4e Cause : *Mariage d'une Française avec un étranger.*

543. Innovation de la loi de 1889 562
544. A quelles conditions s'opère la dénationalisation 563

5e Cause : *Trafic ou possession d'esclaves.*

545. Décret du 27 avril 1848 ; lois des 11 février 1851 et 28 mai 1858 . . 564
546. La dénationalisation ne résulte plus de l'établissement en pays étranger sans esprit de retour 565
547. Conditions auxquelles elle s'opérait, en ce cas, avant la loi de 1889. 565
548-549. De quelles circonstances s'induisait l'absence d'esprit de retour . . 566
550. Caractères de cette ancienne cause de dénationalisation 567
551. La dénationalisation ne résulte pas de l'abdication expresse de la qualité de Français. 567

(Nos) Pages

§ IV. *Réintégration dans la qualité de Français.*

552. De la réintégration dans l'ancien droit. 568
553. Des différents cas de la loi de 1889. 568

1er *Mode de réintégration :* Mode général (art. 18).

554. Domaine d'application du mode général 569
555. Conditions de la réintégration 570
556. Innovations de la loi de 1889 570
557. Effets de la réintégration : ils ne sont pas rétroactifs. 571
558. Ces effets sont plus complets que ceux de la naturalisation 572
559. De ses effets collectifs. 572
560. Loi du 14 février 1882. 573

2e *Mode de réintégration* (art. 21).

561. Mode de réintégration du Français qui a pris du service militaire à l'étranger 573
562. La réintégration résulte-t-elle de la résidence décennale en France ? 574
563. L'ex-Français peut-il se prévaloir de l'art. 8-3o et 4o ?. 575
564. Effets de cette réintégration 576

3e *Mode de réintégration* (art. 19).

565. De la réintégration, sous l'empire du Code civil, de la Française qui avait épousé un étranger 576
566. Comment elle s'opère actuellement : nécessité d'une autorisation. 577
567. Nécessité de la résidence en France et d'une déclaration. 579
568. Autorité compétente pour recevoir la déclaration. 579
569. Nécessité d'une autorisation par décret 579
570. De la capacité requise en la personne de la femme. 579
571-572. Effets de la réintégration en ce qui concerne les enfants mineurs de la femme 580
573. Ces enfants ne peuvent pas répudier la nationalité française. . . . 582
574. Ils conservent le bénéfice de l'art. 10 582
575. Effets de la réintégration en ce qui concerne les enfants majeurs. 582
576-577. Observations 582

§ V. *Constatation de la nationalité.*

578. Énumération des questions relatives à cet objet. 583
579. *Preuve de la nationalité* : Par l'individu devenu Français après sa naissance. 583
580. Preuve de la nationalité par l'individu né en France d'un étranger qui y est né. 583
581. Preuve de la nationalité par l'individu né en France et domicilié dans ce pays à sa majorité. 584
582. Preuve de la nationalité par tout autre Français d'origine 584
583. *Autorité compétente en matière de questions de nationalité.* — Compétence des tribunaux civils 585
584. La cour d'assises ou le tribunal correctionnel sont ils compétents ? 587

(Nos) Pages
585. *Compétence* ratione personæ *et procédure.* — Compétence *ratione personæ.* 588
586. Avec qui le débat doit-il être lié, lorsque la question s'élève à propos d'un intérêt civil ? 588
587. Avec qui le débat doit-il être lié, lorsque la question s'élève à propos d'un intérêt public ? Doctrine générale 588
588. Comment la règle doit être posée. 589
589. Autorité de la décision judiciaire 591

§ VI. *Conflits de nationalités.*

590. Nature particulière de ces conflits. 593
591. *1re Hypothèse :* Conflit entre deux nationalités dont l'une est celle du pays où il s'élève 595
592. *2e Hypothèse :* Conflit entre deux nationalités dont aucune n'est celle du pays où il s'élève. 596
593. 1er Système 596
594. 2e Système 597
595. Système adopté 599

SECTION II

DES ÉTRANGERS ET DE LEUR CONDITION EN FRANCE

§ I. *Historique.*

596. Evolution générale de la condition des étrangers. 600
597-598. Leur condition à Rome 602
599. Leur condition en Gaule après l'invasion 605
600. Leur condition à l'époque féodale 605
601. Leur situation dans l'ancien droit. Droit d'aubaine 606
602. Exceptions au droit d'aubaine 609
603. Droit intermédiaire 610
604. Leur condition d'après le code civil et les lois postérieures 611
605. Leur condition d'après les principes rationnels 613

§ II. *Condition des étrangers en France dans le droit actuel.*

606. Distinction entre les étrangers ordinaires et les étrangers admis à domicile 614

I. *Des étrangers admis à fixer leur domicile en France.*

607. Caractère nouveau de l'admission à domicile 614
608. Situation générale de ces étrangers 614
609-610. Leur situation au point de vue du droit public 614
611. Règles spéciales relatives à leur séjour en France 617
612. Leur situation au point de vue du droit civil 618
613. Différences entre leur situation et celle d'un Français 619
614. Leur état et leur capacité sont régis par leur loi nationale. 620
615. Exception à cette règle 621

II. *Des étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé.*

616. Division de la matière 621

(Nos) Pages

1. De leur situation en général.

617. La situation au point de vue du droit public : principe 622
618. Restrictions à leur liberté de circulation. 622
619. Décret du 2 octobre 1888 : déclaration de résidence 622
620. Dans quelles conditions cette déclaration est requise : 1° absence d'autorisation. 623
621. 2° Séjour prolongé en France. 624
622. Du renouvellement de la déclaration 625
623. Restrictions à la liberté du travail. 625
624. Loi du 8 août 1893 : déclaration d'exercice de la profession 626
625. Dans quelles conditions elle est requise : 1° absence d'autorisation. 627
626. 2° Exercice d'une profession, d'un commerce ou d'une industrie. 628
627. 3° Etablissement en France 628
628. Cette déclaration ne saurait être suppléée par des équivalents. . . 629
629. Se cumule-t-elle avec la déclaration précédente ?. 630
630. Par qui et comment elle doit être faite ? 631
631. Du visa et du renouvellement de cette déclaration 633
632. Situation des étrangers ordinaires au point de vue du droit privé : principe ; réciprocité diplomatique 634
633. De quels droits privés jouissent-ils en l'absence de traité ?. 635
634. *1er Système :* ils jouissent des droits qui leur sont expressément ou tacitement concédés par un texte 635
635. *2e Système :* ils jouissent de tous les droits qui ne leur sont pas retirés par un texte. 637
636. *3e Système :* ils jouissent des droits naturels, mais non pas des droits civils *stricto sensu* 639
637. Des droits dont l'étranger jouit ou ne jouit pas en vertu d'un texte formel 642
638. Cas dans lesquels ne se pose pas cette question de jouissance . . . 644
639. Traits distinctifs des droits naturels et des droits civils. 644
640. Théorie de l'incolat 646

2. De la situation des étrangers quant aux contestations dans lesquelles ils sont engagés.

641. L'étranger ordinaire peut-il obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire ? 648
642. Dérogations apportées par les art. 14 et 15 aux règles de compétence en matière personnelle 649
643. De la compétence en matière réelle et mixte. 649
644. Division du sujet 650

1er Cas. *Des contestations entre Français et étrangers.*

645. Double hypothèse 650

1re Hypothèse : *Français demandeur contre un étranger.*

646. Fondement de la dérogation de l'art. 14. 651

1° Contestations auxquelles, à raison de leur nature, l'art. 14 est applicable.

647. Règle. 654

(Nos) Pages
648-648 *bis*. Applications 655

2° Qui peut invoquer l'art. 14.

649. Le Français seul peut l'invoquer, ainsi que toute personne assimilée 657
650. Peu importe le siège du domicile ou de la résidence du demandeur. 657
651. Le demandeur doit-il être Français lorsque naît l'obligation 657
652. L'obligation doit-elle naître directement au profit du Français? *Quid* lorsque l'obligation résulte d'un effet négociable? . . . 658
653. *Quid* lorsqu'il s'agit de toute autre obligation? 659

3° Contre qui l'art. 14 peut être invoqué.

654. Il peut l'être contre toute personne qui est étrangère lorsque l'instance s'engage. 661
655. Peu importe la résidence du défendeur 661
656. Exception à la règle de l'art. 14 en faveur des agents diplomatiques. 661
657-657 *bis*. L'art 14 peut-il être invoqué contre un Etat étranger? 663
658. L'art. 14 peut-il être invoqué contre un chef d'Etat étranger? . . 669

4° Dans quels cas l'art. 14 cesse d'être applicable.

659. Le demandeur peut renoncer à cette compétence de faveur 670
660. La renonciation peut être expresse. 670
661. Elle peut être tacite. 671
662. Comment le défendeur la fait-il valoir? 672

5° Du tribunal compétent.

663. Cas où l'on est dans une des hypothèses spéciales des art. 59 et 420 C. pr. 672
664. Cas où l'on est en dehors de ces hypothèses 673

2me Hypothèse : *Etranger demandeur contre un Français.*

1° Règles de compétence.

665-666. Fondement de l'art. 15 674
667. Son domaine d'application 675
668. Personnes qui peuvent s'en prévaloir et auxquelles on peut l'opposer 675
669. De la renonciation à son bénéfice 676
670. Du tribunal qui peut être saisi 676

2° De la caution *judicatum solvi.*

671. But de cette exigence. 677
672. Son origine 677
673. Division 678

1° Par qui et en quelles matières cette caution est due.

674. Elle l'est par tout étranger demandeur. 678
675. *Première condition :* Le demandeur doit être étranger. 678

(Nos) Pages
676. *Deuxième condition* : L'étranger doit être demandeur 680
677-678. Dans quels cas il est demandeur 680
679. La caution est due en toutes matières 681
680. Exception faite, sous l'empire du code civil, en matière commerciale, et supprimée par la loi du 5 mars 1895 682

2° A qui la caution est due et comment elle doit être demandée.

681. Elle peut être requise par le défendeur Français ou assimilé au Français 684
682. L'étranger ordinaire peut-il la requérir ? 684
683. Elle doit être requise. 685
684. Comment elle doit l'être 685
685. A quel moment 686
686. Peut-elle être requise en appel ou en cassation pour la première fois ? 687

3° Comment elle doit être fournie et quelles sont les obligations de la caution.

687. De l'engagement de la caution 688
688. Son étendue. 689
689. Détermination de cette étendue par le juge. 689
690. Par quelles garanties cet engagement peut être remplacé 690

2e Cas : *Des contestations entre étrangers.*

691. Des cas où la compétence des tribunaux français est certaine . . . 691
692-694. Sont-ils compétents en dehors de ces cas ?. 692
695. Des cas dans lesquels la jurisprudence leur reconnaît exceptionnellement une compétence obligatoire. — 1° Actions immobilières. 695
695 *bis*. 2° Pluralité des défendeurs, dont l'un est Français 696
696. 3° Contestations dans lesquelles est engagé un intérêt d'ordre public. 696
697. 4° Contestations commerciales 698
698. 5° Demandes en intervention et en garantie. 699
699. 6° Saisies-arrêts 699
700. 7° Demande d'exéquatur des jugements étrangers. 700
701. 8° Cas où le défendeur a un domicile de fait en France 700
702. Compétence facultative, d'après la jurisprudence, des tribunaux français, en dehors des cas précédents 701
703. Acceptation, par les parties, de la compétence des juges français. 702
704. Cas dans lequel le défendeur ne peut se prévaloir de l'incompétence 703
705. Y a-t-il lieu à règlement de juges au cas où le déclinatoire n'est pas admis ? 703
706. Le juge peut, d'autre part, se déclarer incompétent. 704
707. Conclusion 705

(Nos) Pages

CHAPITRE II

PRIVATION DES DROITS CIVILS

708. Double cause d'où elle peut résulter 705

PRIVATION PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES

709. Caractères différents que peut revêtir cette privation 705
710. Elle ne résulte pas des condamnations à des peines de simple police 706
711. Elle ne résulte des condamnations à des peines correctionnelles que lorsqu'est prononcée l'interdiction des droits civiques, civils et de famille 706
712. Etendue de cette privation. 706
713. Elle est susceptible d'être réduite par le juge 707
714. Epoques auxquelles elle commence et expire 707
715. Toute condamnation à une peine criminelle entame les droits civils du condamné 707

I. *Privation des droits civils prononcée comme peine principale.*

716. De la dégradation civique : son étendue 708
717. Elle constitue une peine indivisible. 709
718. A partir de quel moment elle est encourue. 709
719. Sa durée. 710
720. Peut-elle cesser par la grâce ?. 710
721. Elle ne cesse pas par la prescription 711

II. *Privation des droits civils encourue comme peine accessoire.*

722. Distinction entre les peines perpétuelles et les peines temporaires. 711

1. Peines temporaires.

723. I. Elles entraînent toutes la dégradation civique 711
724. De la dégradation comme peine accessoire 711
725. Faculté appartenant au gouvernement en ce qui concerne cette peine 712
726. II. Elles entraînent toutes, à l'exception du bannissement, l'interdiction légale. 712
727. Effets de cette interdiction. 712
728. Elle est encourue de plein droit. 712
729. Est-elle attachée aux condamnations par contumace ?. 713
730. A partir de quel moment elle commence 713
731. Sa durée 713
732. Son but 714
733. Organisation de la tutelle de l'interdit. 715
734. Incapacité de l'interdit en ce qui concerne les actes d'administration 715
735. Incapacité de l'interdit en ce qui concerne les actes de disposition. 715
736. Capacité de l'interdit en ce qui concerne les droits dont la jouissance est inséparable de l'exercice 717

Nos) Pages
737. Sort des actes accomplis par l'interdit en dehors des limites de sa capacité 718
738. Quel est le caractère de leur nullité ? 718
739. Faculté appartenant au gouvernement en ce qui touche l'interdiction. 719
740. Sa concession est-elle révocable ? 720

2. Peines perpétuelles.

741. Elles entraînaient toutes, autrefois, la mort civile. 720
742. Quelles étaient les autres causes de la mort civile. 721
743. Effet général de cette mort. 721
744. Ses effets particuliers. 722
745. Droits qui restaient au mort civilement 723
746. Abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854. 724
747. Situation générale faite par cette loi aux condamnés à des peines perpétuelles. 725
748. L'interdiction légale est-elle attachée aux condamnations par contumace ? 725
749. Point de départ de l'interdiction. 725
750. Faculté appartenant au gouvernement de relever le condamné de ses effets en ce qui concerne le droit de disposer à titre onéreux. 726
751. 1° Des biens acquis par le condamné par son travail ou ses économies. 726
752. 2° Des biens possédés par le condamné avant sa condamnation ou acquis depuis à titre gratuit 727
753. Spécialités en ce qui concerne les déportés 728
754. Incapacités particulières de disposer et de recevoir à titre gratuit édictées par la loi du 31 mai 1854. 728
755. 1° Incapacité de disposer à titre gratuit 729
756. Annulation du testament antérieur à la condamnation 730
757. 2° Incapacité de recevoir à titre gratuit 731
758. Exception relative aux donations faites pour cause d'aliments . . . 731
759. Capacité du condamné de transmettre et de recevoir par succession *ab intestat*. 731
760. Point de départ de ces incapacités. 732
761. Situation du contumax qui meurt ou purge sa contumace avant l'expiration du délai de grâce 732
762. Sa situation lorsqu'il meurt après, sans avoir purgé sa contumace. 732
763. Sa situation dans le passé, lorsque n'ayant purgé sa contumace qu'après l'expiration du délai de grâce, il est acquitté, absous ou condamné à une peine temporaire. 732
764. Comment cessent ces incapacités. 734
765. Faculté du gouvernement en ce qui les concerne. 734
766. Sur quels biens les actes du condamné qui en est relevé sont exécutoires 734
767. Effets de la mesure du gouvernement quant au testament du condamné. 735
768. Spécialités en ce qui concerne les déportés 736

(Nos) Pages
769. Effets rétroactifs de la loi du 31 mai 1854 736
770. Ses effets quant au mariage du mort civilement 737
771. Dispositions transitoires de cette loi. 737
772. Les privations de droits civils sont encourues en France aussi bien par les étrangers que par les nationaux 738
773. Ont-elles des effets extraterritoriaux ? 739
774. 1° quand la condamnation a été prononcée dans un pays contre un étranger ? 739
775-776. 2° quand elle a été prononcée contre un national ? 740

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS LE TOME Ier

I. CODE CIVIL

Articles.	Numéros.
1	99 à 102, 109 à 116.
2	126 à 178.
3	179 à 232, 272 à 285, 614, 772 à 775.
4	234 à 240.
5	246 à 250.
6	196, 265 à 285.
7	315, 316.
8, al. 1	316.
8-1°	331 à 341.
8-2°	342.
8-3°	343 à 355, 417, 563, 576.
8-4°	359 à 364, 396, 402 à 414, 417, 563.
8-5°	445 à 467, 468, 470 à 475, 562.
9	359 à 364, 366 à 401.
10	363, 396, 415 à 422, 559, 574, 575.
11	604, 605, 617, 632 à 640, 649, 691 à 707.
12	401, 423 à 430, 476 à 483, 489, 531, 572, 573, 668, 675, 681, 691.
13	450 à 456, 607 à 615, 620, 649, 668, 675, 681, 691.
14	604, 642, 646 à 664, 691.
15	604, 665 à 670, 691.
16	604, 671 à 690.
17	412, 514 à 542, 546 à 551.
18	431, 554 à 560, 566.
19	530, 543 et 544, 564 à 577.
20	399 et 400, 411, 422, 557, 571.
21	538, 561 à 564.
23	741.
25	744.
33	744.
37	609.
48	229.
57	294 *bis*-XXVIII.
58	294 *bis*-XI.

II. CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles	Numéros
7	706.
59	643, 648, 648 *bis*, 657, 663, 670, 695, 695 *bis*.
130	688.
166 et 167	673 à 690.
169	685, 703.
173	685.
420	648, 663, 664, 670, 697.
423	680.
517 s.	234, 687.
585	609, 687.
853	609.
905	604, 637.
909 s.	604, 637.

III. CODE DE COMMERCE

Article.	Numéro.	Article.	Numéros.
37	305.	420	648, 663, 664, 670, 697.

IV. CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

Articles	Numéros	Articles	Numéros
373	718.	472	718.
375	718.	476	719, 763.
465	729.	634	764.
471	729.	635	721.

V. CODE PÉNAL

Articles	Numéros	Articles	Numéros
4	142, 238.	145 s.	294 *bis*-XVII.
18	741.	171 et 175	714.
28	718, 723, 724.	185	234.
29	726 à 740.	259	294 *bis*-XVI, XVII, XVIII, XXIX, XXXVIII.
30	733.		
31	733, 735.	291 s.	300 *bis*-I.
34	716 à 721, 725.	334 et 335	373.
42 et 43	711 à 714.	405	294 *bis*-XVII.
75 s.	300 *bis*-I.		

VI. CODE FORESTIER

Article.	Numéro.
105	637.

VII. LOIS SPÉCIALES

	Numéros
Ord. de Montil-les-Tours d'avril 1453 (rédaction des coutumes)	16, 42 s.
Ord. de 1498 (Lettres de naturalité)	437
Lettres 13 juin 1499 (Lettres de naturalité)	437
Edit d'Amboise du 26 mars 1555 (noms et armes)	294 *bis*-IV et XX
Edit de 1563, art. 78 (Droit d'aubaine)	601
Ord. de Moulins de février 1566	438
Ord. de Blois de mai 1579 (Etat civil)	47, 294 *bis*-XXXII, 438, 601
Edit 15 juin 1579 (Droit d'aubaine)	602
Déclaration 15 septembre 1582 (Lettres de naturalité)	437, 438
Ord. de 1629 (Code Michaud)	47, 291 *bis*-IV et XX
Edit 21 novembre 1629 (Corps de communauté)	298
Déclaration 7 juin 1639 (Corps de communauté)	298
Edit décembre 1666 (Corps de communauté)	298
Ord. d'avril 1667 (Réformation de la justice)	43, 47, 255, 601, 697
Ord. 5 mai 1669 (Etablissement des régnicoles à l'étranger)	512

Numéros
Ord. de 1669 (Eaux et forêts) 47
Ord. criminelle de 1670 . . . . . 47, 742
Ord. du commerce de mars 1673 47
Ord. de 1681 (Marine) 47, 229, 697
Code Noir de 1685. 47
Déclaration 22 juillet 1697 (Lettres de naturalité) 438
Déclaration 3 mars 1699. . . . . 294 *bis*-XXXII
Edit décembre 1703 (Lettres de naturalité). 437
Déclaration 20 mars 1708 (Lettres de naturalité). 437
Edit de 1711 (Titres nobiliaires). . . . . 294 *bis*-XXXII
Ord. février 1720 (Lettres de naturalité). 437
Ord. 1731 (Donations) 47
Ord. 1735 (Testaments). 47
Ord. août 1737 (Règlement de juges) 705
Ord. 1737 (Faux principal et incident). 47
Règlement du 28 juin 1738 (procédure devant la cour de cassation) 73, 242
Ord. 1747 (Substitutions fideicommissaires) 47
Edit août 1749 (Corps de communauté) 298
Edit 25 février 1779 (Droits des attributaires de lots de marais) . . 71
Lettres patentes 18 janvier 1787 (Droit d'aubaine) 602
Décret 4 août 1789 (Privilèges nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXIV, XXXVI
Décret 4-11 août 1789 (projet de code) art. 10. 52
Décret 9 novembre 1789 (Promulgation et publication des lois). 94
L. 13-19 février 1790 (Vœux monastiques) 742
L. 30 avril-2 mai 1790 (Naturalisation) 441
Décret 19-23 juin 1790 (Titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis* V, XXXIV
Décret 5 juillet 1790 (Projet de code) 52
L. 6-18 août 1790 (Abolition du droit d'aubaine) 603
L. 16-24 août 1790 (Organisation judiciaire) 52, 239, 247, 255
L. 13-19 novembre 1790 (Droit d'association). 298
L. 27 novembre-1er décembre 1790 (Tribunal de cassation). . . . 242 à 244, 255
L. 9-15 décembre 1790 (Descendants des religionnaires) art. 22. . 484 à 489
L. 8-15 avril 1791 (Droit de succession des étrangers) art. 3. . . . 603
L. 13-17 avril 1791 (Abolition du droit d'aubaine) 603
Constitution 3-14 septembre 1791 . . . . 52, 294 *bis*-XXXIV, 323, 441, 484, 513, 603
Décret 26 septembre-16 octobre 1791 (Titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-V, XXXIV
Code pénal de 1791, tit. IV, art. 2. . . . . 727, 735
L. 1er février-28 mars 1792 (Passeport) 618
L. 20-25 septembre 1792 (Etat civil). 148
L. 28 mars 1793 (Emigration) 742
L. 13 mai 1793 (Pseudonymes) . . . . . 294 *bis* XXX
L. 13 juin 1793 (Droit d'association). 298
Constitution du 24 juin 1793 . . . . . 52, 323, 441, 513
Décret 4 juillet 1793 (Nationalité des enfants trouvés) 342
L. 17 septembre 1793 (Mort civile). 742
Décret 21 septembre 1793 (Cabotage) art. 4. 623
Décret 13 brumaire an II (Projet de code) 53
Décret 24-26 brumaire an II (changements de noms). . . . . 294 *bis*-V
L. 17 nivôse an II (Successions) 138
L. 6 fructidor an II (changements de noms) . . . . . 294-*bis*-V; 294 *bis*-XVI, XXIX

Numéros
Décret 5 nivôse an III (Nationalité) 469
Constitution 5 fructidor an III. 138, 298, 323, 441, 513, 603
L. 12 vendémiaire an IV, art. 12 (Publication des lois et décrets). 96, 106
L. 28 vendémiaire an VI, art. 7 (Expulsion des étrangers) 603, 618
Arrêté du directoire 19 nivôse an VI (Noms) . . . . . 294 *bis*-XVI
L. 4 floréal an VI (Contrainte par corps) 603
Arrêté du directoire 22 messidor an VII (Séjour des étrangers) . 618
L. 19 brumaire an VIII, art. 14 (Préparation du code civil) 53
Constitution 22 frimaire an VIII . . . . . 55 et 56, 87, 101, 323, 441, 442, 513
Avis Conseil d'Etat, 5 pluviôse an VIII (Date des lois) 92
Règlement 5 ventôse an VIII (Interprétation de la loi), art. 11 . . 255
L. 12 ventôse an VIII (Emigration), art. 3 742
Arrêté des consuls 24 thermidor an VIII (Confection du code civil). 54
Arrêté des consuls 12 nivôse an X (Confection du code civil). . . 57
Arrêté 11 germinal an X (Division du tribunat en sections) 57
Arrêté des consuls 18 germinal an X (Communication officieuse au tribunat). 57
L. 18 germinal an X (Cultes), art. 16 et 55 469
Sén.-cons. 6 floréal an X (Emigration) 742
Sén.-cons. 16 thermidor an X (Réorganisation du tribunat et pouvoirs du sénat). 57, 82
Sén.-cons. 26 vendémiaire an XI (Naturalisation). 442
L. 25 ventôse an XI (Notariat). 609
L. 11 germinal an XI (Changements de noms). . . . 294 *bis*-V. XXVI, XXVII, XXVIII, XXX, XXXVI
Avis C. d'Etat 18-20 prairial an XI (Naturalisation) 442
Arrêté 25 thermidor an XI (Distances entre Paris et les chefs-lieux de départements) 99
L. 30 ventôse an XII (Promulgation du code civil) . . . . 20, 22, 58, 61, 66 à 72
Sén.-cons. 28 floréal an XII (Organisation des pouvoirs publics). 55, 242, 294 *bis*-XXXIV
Sén.-cons. 15 brumaire an XIII (Publication des lois) 100
L. 15 pluviôse an XIII (Enfants trouvés) 303
Avis C. d'Etat 12-25 prairial an XIII (Publications des lois et décrets). 95, 106
Décret 30 mars 1806 (Fiefs et titres nobiliaires). . . . . 294 *bis*-XXXIV
Décret 30 mars 1806, art. 2 (Introduction du code civil en Italie) . 65
Avis C. d'Etat 31 mai-4 juin 1806 (Contestations entre étrangers). 696
Avis C. d'Etat 28 octobre-20 novembre 1806 (application de l'art. 3 C. civ.) 194
Décret 16 février 1807 (Tarif civil). 684
L. 3 septembre 1807 (Titre et édition du Code Napoléon) 61
L. 3 septembre 1807 (Limitation du taux de l'intérêt de l'argent), art. 5 155
L. 10 septembre 1807 (Contrainte par corps) 604
L. 15 septembre 1807 (Promulgation du code de commerce), art. 1 et 2 . . . . . 22, 75
L. 16 septembre 1807 (Organisation judiciaire et interprétation des lois. 244 255

Numéros
Décret 7 janvier 1808 (Evêques *in paribus*) 536
Décret 16 janvier 1808 (Banque de France), art. 3 637
Sén.-cons. 19 février 1808 (Naturalisation) 442
Décret 1er mars 1808 (titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXIV
Décret du 20 juillet 1808 (nom des israélites) . . . . . 294 *bis* V, XXVIII
Décret 17 mars 1809 (Naturalisation) 442
Décret 6 avril 1809 (Nationalité) 328, 514, 532, 742
Décret 4 juin 1809 (titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXIV
Décret 17 décembre 1809 (Mise en vigueur du code d'instruction criminelle) 77
Décret 5 février 1810 (Propriété artistique et littéraire) art. 40. . . 637
Décret 5 mars 1810 (titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXIV
Décret 13 mars 1810 (Mise en vigueur du code pénal. 77
L. 20 avril 1810 (Organisation judiciaire), art. 7, 46. . . . . 243, 294 *bis*-XVIII
L. 21 avril 1810 (Mines), art. 13. 637
Décret 18 octobre 1810, art. 114 (Introduction du code civil en Hollande). 65
Sén.-cons. 13 décembre 1810 (Introduction du code civil dans les départements hanséatiques) 65
Décret 19 janvier 1811 (Enfants trouvés) 303, 342
Décret 18 août 1811 (noms) . . . . . 294 *bis*-XVI
Décret 26 août 1811 (Nationalité) . . 328, 514, 526, 532, 539, 553, 556, 561, 742
Décret 9 décembre 1811 (Nationalité). 526
Décret 17 décembre 1811, art. 8 (Introduction du code dans le grand-duché de Berg). 65
Avis C. d'Etat, 13-22 décembre 1811 (Application du code civil aux matières commerciales). 22, 76
Avis C. d'Etat, 14-21 janvier et 12-22 mai 1812 (Nationalité) 526, 536
Décret 31 juillet 1812 (Nationalité). 526
Décret 3 janvier 1813 (État civil). 742
Décret 13 août 1813 (Nationalité). 526
Charte de 1814, art. 66 (Confiscation) 526
— art. 68 (Titre du Code civil). 61
— art. 71. . . . . 294 *bis*-XXXV
Décret 17 janvier 1814 (Autorité des circulaires et décisions ministérielles). 88
Ord. 4 juin 1814 (Naturalisation). 442, 469
Ord. 16 juillet 1814 (Conseil du Sceau) . . . . . 294 *bis*-XXXV, XXXIX
Ord. 8 octobre 1814 (Autorisation de prendre du service militaire à l'étranger). 538
Décret 13 mars 1815 (Titres nobiliaires). . . . . 294 *bis*-XXXV
L. 10 avril 1816 (Loi de finances) 526
L. 28 avril 1816 (Enregistrement). 538
Ord. 17 juillet et 30 août 1816 (3e édition du Code civil). 61
Ord. 27 novembre 1816 (Publication des lois). 101, 102, 106
L. 2 janvier 1817 (Communautés religieuses) . . . . . 299, 299 *bis*, 304
Ord. 18 janvier 1817 (Publication des lois) 102
Avis C. d'Etat, 24 février 1817 (Publication des lois et décrets). . 99
Ord. 25 août-4 septembre 1817 (Titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXV
L. 14 juillet 1819 (Abrogation des art. 726 et 912 C. civ.) 308, 526, 605, 612, 637

Numéros
Avis C. d'Etat, 8 janvier 1823 (Lettres de grâce) 720
Avis C. d'Etat, 27 novembre-17 décembre 1823 (Interprétation de la loi) 255
Ord. 7 juillet 1824 (Distance entre Paris et les chefs-lieux de départements) 99, 100
L. 24 mai 1825 (Communautés religieuses . . . . . 299, 299 *bis*, 300 *bis* I, 303, 303 *bis*-III, 304, 306
Ord. 1er novembre 1826 (Distance entre Paris et les chefs-lieux de départements). 99
Décret 31 juillet 1827 (Promulgation du Code forestier) 78
Ord. 23 janvier 1828 (Interprétation de la loi) 255
L. 30 juillet 1828 (Pouvoirs de la Cour de cassation et interprétation des lois 244, 255
Charte de 1830, art. 62 (Titres nobiliaires) . . . . . 294 *bis*-XXXV, XXXVI
Charte de 1830, art. 59 (Titre du Code civil) 61
Ord. 30 octobre 1830 (Conseil du Sceau) . . . . . 294 *bis*-XXXIX
L. 17 avril 1832 (Contrainte par corps) 604
L. 24 avril 1833 (Condition des esclaves) 288
Ord. 4 août 1833 (Condition des esclaves). 288
Ord. 23 octobre 1833 (Consulats). 229
Ord. 25 octobre 1833 (Consulats), art. 8. 229
L. 20 avril 1834 (Droit d'association) 297
L. 19 mai 1834 (Etat des officiers), art. 1er-2o 465
Ord. 12 juin 1834 Distance entre Paris et les chefs-lieux de départements) 99
L. 12 mai 1835 (Majorats) . . . . . 294 *bis*-XXXIV
L. 1er avril 1837 (Cour de cassation). 244
Ord. 30 août-9 septembre 1837 (Etat des officiers), art. 1er. 465
Avis C. d'Etat, 26 mai 1842 (Nationalité) 526
L. 21 juin 1843 (Forme des actes notariés) 138, 141
L. 5 juillet 1844 (Brevets d'invention). art. 27 à 29. 637
L. 9 juin 1845 (Propriété des navires français), art. 11 623
L. 18 juillet 1845 (Condition des esclaves). 288
Décret 29 février-2 mars 1848 (Titres nobiliaires). . . . . 294 *bis*-XXXV
Décret 5 mars 1848 (Naturalisation), art. 6 et 7. 469
Décret 28 mars 1848 (Naturalisation) 443
Décret 27 avril 1848 (Abolition de l'esclavage). 137, 288, 514, 545
Constitution 4-10 novembre 1848, art. 6, 25, 26. . . . . 288, 469
L. 10 janvier 1849 (Enfants trouvés) 303
L. 22 mars 1849 (Nationalité) 324, 328, 391
L. 7 mai 1849 Majorats . . . . . 294 *bis*-XXXIV
L. 3-11 décembre 1849 Naturalisation et séjour des étrangers). 396, 443, 455, 460, 463, 469, 611, 618
L. 15 mars 1850 Enseignement , art. 78 610
L. 8 juin 1850 (Déportation) 746, 771, 776
L. 15 juillet 1850 (Sociétés de secours mutuels), art. 10 . . . . . 300 *bis*, 306
Décret 5 décembre 1850 (Enseignement) 610
L. 22 janvier 1851 (Assistance judiciaire) 641
L. 7 février 1851 (Nationalité). 325, 328, 344, 359, 407, 475, 481
L 11 février 1851 (Possession d'esclaves). 545

Numéros
Décret 3 septembre 1851 (Chambres de commerce), art. 12 25
Constitution 14 janvier 1852. . . . . 82, 87, 444, 469
Décret 24-27 janvier 1852 (Titres nobiliaires). . . . . 294 *bis*-XXXV
Décret 25 janvier 1852 (Naturalisation) 444
Décret 2 février 1852 (Corps législatif), art. 12, 26, 31, 33 . . . 294 *bis*-XXVII, 469
Décret 26 mars 1852 (Sociétés de secours mutuels) . . . . . 299 *bis*, 306
Décret 27 mars 1852 (Titre du Code Napoléon). 61
Décret 28 mars 1852 (Propriété littéraire et artistique). 637
Avis Conseil d'Etat 12 janvier 1854 (Personnes morales étrangères). . . . . 308, 310 *bis*-I
Sén.-cons. 3 mai 1854, art. 1er (Abolition de l'esclavage) 288
L. 30 mai 1854 (Travaux forcés). . . . . 725, 739, 740, 750 à 752
L. 31 mai 1854 (Abolition de la mort civile). . . . . 294, 736, 746 à 771, 776
L. 17 juillet 1856 (Arbitrage forcé), art. 3 176
L. 30 mai 1857 (Sociétés commerciales étrangères) 308
Décret 9 juin 1857 (Promulgation du code de justice militaire pour l'armée de terre) 79
L. 23 juin 1857 (Marques de fabrique), art. 5 et 6 637
L. 21 mai 1858 (Modifications du code de procédure civile), art. 4 177
L. 28 mai 1858 (Possession d'esclaves) 545
L. 28 mai 1858 (Titres nobiliaires) . . . . . 249 *bis*-XXXVIII
Décret 4 juin 1858 (Promulgation du code de justice militaire pour l'armée de mer). 79
Décret 8 janvier 1859 (Changements de noms) . . . . . 294 *bis*-XXVII, XXXV
Décret 8 janvier 1859 (Conseil du sceau des titres). . . . . 294 *bis*-XXXIX
L. 6 juillet 1860 (Crédit foncier). 301
Décret 14 août 1860 (Distance entre Paris et les chefs-lieux de départements). 99
L. 26 février 1862 (Crédit foncier) 301
L. 21 juin 1865 (Associations syndicales), art. 3 et 5. . . . . 299 *bis*
L. 13 juin 1866 (Usages commerciaux) 16, 24
L. 29 juin 1867 (Naturalisation). 328, 444, 446, 451, 457, 459, 460, 463, 469
L. 22 juillet 1867 (Contrainte par corps). 178, 604
L. 24 juillet 1867, art. 54 (Conseils municipaux) . . . . . 299 *bis*
L. 24 juillet 1867, art. 61 (raison sociale) . . . . . 294 *bis*-XXVII.
— art. 66 (tontines de sociétés anonymes d'assurances sur la vie) 305
Décret 1er décembre 1869 (Actes des consuls) 232
Constitution du 21 mai 1870, art. 42. 87
Décret 12-16 septembre 1870 (Naturalisation) 444, 463
Décret 26-29 octobre 1870 (Naturalisation) 444, 461
Décret 5-11 novembre 1870 (Publication des lois et décrets) 103 à 106, 113, 115
Décret 11 novembre 1870 (Publication des lois au *Moniteur universel*). 103
Décret 19 novembre 1870 (Naturalisation). 444, 461
L. 16 septembre-2 octobre 1871 (Conseil du sceau). . . . . 294 *bis*-XXXIX.
Décret 10 janvier 1872 (Conseil du sceau des titres) . . . . . 294 *bis*-XXXIX.
L. 24 mai 1872 (Conseil d'Etat), art. 8-3° 86, 255
Décret 21 août 1872 (Conseil d'Etat), art. 5-4°. . . . . 299 *bis*

Numéros
L. 25 mars 1873 (Déportation), art. 13 et art. 16 . . . . . 753, 768
L. 26 novembre 1873 (Marques de fabrique), art. 9. 637
L. 16 décembre 1874 (Nationalité) 325, 328, 344, 371, 404, 407
L. constitutionnelle 24 février 1875, art. 8. 84
L. constitutionnelle 25 février 1875, art. 1 et art. 3 . . . . . 20, 84, 86, 90
— — art. 8, modif. par L. 14 août 1884 83, 255
L. 12 juillet 1875 (Enseignement supérieur) art. 9 et 12. . . . . 299, 306, 610
L. constitutionnelle 16 juillet 1875, art. 7, al. 1 . . . . . 90, 92
— — art. 7, al. 2 85
L. 31 juillet 1875 (Conseils généraux), art. 16. 465
Décret 25 janvier 1876 (Enseignement), art. 8. 610
Décret 6 avril 1876 (Formule de promulgation des lois) 91, 92
Décret 2 août 1879 (Règlement intérieur du Conseil d'Etat), art. 7. 86, 299 *bis*
L. 18 mars 1880 (Enseignement supérieur), art. 7 . . . . . 299, 299 *bis*
L. 20 avril 1881 (Distances à observer pour les plantations). . . . 153
L. 30 juin 1881 (Droit de réunion) art. 2 610
L. 29 juillet 1881 (Presse), art. 6. 610
L. 14 février 1882 (Nationalité). 326, 328, 371, 475, 560
L. 23-24 mars 1882 (noms des musulmans d'Algérie). . . . . 294 *bis*-v
Décret 21 avril 1882 (Aptitude des étrangers à être officiers ou mécaniciens à bord d'un navire). 623
L. 28 juin 1883 (Nationalité) 326, 328, 371, 571
Avis C. d'Etat 24 juillet 1883 (Naturalisation). 482
L. 23 novembre 1883 (Modifiant l'art. 105 C. fo.). 637
L. 15 janvier 1884 (Répression des délits de pêche dans les mers du Nord) 95
L. 21 mars 1884 (Syndicats professionnels), art. 4 et 6. . 25, 299, 299 *bis*, 303, 610
L. 5 avril 1884 (Conseils municipaux). . . 86, 89, 97, 105, 294 *bis*-XXI et XXVII, 296 299, 465
L. constitutionnelle, 14 août 1884 (révision de la constitution) . . 83
L. 28 mars 1885 (Marchés à terme) 158
L. 27 mai 1885 (Relégation des récidivistes), art. 17 et 18. . . . . 95, 714, 739
L. 12 janvier 1886 (Liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale) 137, 155, 281
Décret 3 avril 1886 (Règlement du Conseil d'Etat) . . . . . 299 *bis*
L. 20 juillet 1886 (Caisse des retraites pour la vieillesse), art. 14. 637
L. 30 octobre 1886 (Enseignement), art. 4. 610
Décret 18 janvier 1887 (Enseignement), art. 181-185 610
L. 1er mars 1888 (Pêche) 623
Décret 19 août 1888 (Pêche) 623
Décret 2 octobre 1888 (Séjour des étrangers) . . . . . 619 à 622, 628, 629
Décret 27 octobre 1888 (Séjour des étrangers) 620
L. 22 décembre 1888 (Associations syndicales) . . . . . 299 *bis*
L. 2 avril 1889 (Cabotage) 623
L. 26 juin 1889 (Nationalité) . . . . . 145, 326 à 328
— — art. 3 . . . . . 469, 489, 509 *bis*, 558, 564
— — art. 4 . . . . . 484 à 489
— — Disposition transitoire. 455
L. 15 juillet 1889 (Recrutement) . . . 352 *ter*, 355, 355 *bis*, 392 et 393, 394, 398, 398 *bis*, 405, 421, 465, 470, 558, 587, 609

Numéros
L. 24 juillet 1889 (Déchéance de la puissance paternelle) 303, 373
Décret 13 août 1889 (Nationalité). . 328, 352 *bis*, 378, 383, 400, 401, 404, 404 *bis*, 404 *ter*, 404 *quater*, 407, 410, 411, 450, 463, 480, 568
Décret 28 janvier 1890 (Récolte des herbes marines). 637
L. 22 mars 1890 (Conseils municipaux) . . . . . 303 *bis* II
Avis C. d'Etat 29 avril 1890 (Nationalité) 408
L. 27 décembre 1890 (Louage de services 160
L. 2 juin 1891 (Pari mutuel) . . . . . 300 *bis*
L. 30 novembre 1892 (Exercice de la médecine) 143, 609
L. 29 décembre 1892 (Arbitrage entre patrons et ouvriers), art. 15. 609
L. 8 février 1893 (Séparation de corps) 524
L. 15 juillet 1893 (Assistance médicale gratuite) 637
L. 22 juillet 1893 (Nationalité) 327, 346, 353, 357, 385, 420, 481
L. 8 août 1893 (Protection du travail national). . . . . 143, 611, 624 à 631
Arrêté ministériel 23 août 1893 (Protection du travail national). . 630
L. 30 novembre 1894 (Comités d'habtations à bon marché). . . 299 *bis*, 303, 306
L. 12 janvier 1895 (Saisie-arrêt des traitements et salaires). . . . 176
L. 5 mars 1895 (Caution *judicatum solvi*). 673, 677, 680
L. 16 avril 1895 (Taxe d'abonnement). 139
L. 24 mars 1898 (Rapports à succession). 166
L. 1er avril 1898 (Sociétés de secours mutuels . . . . . 299, 299 *bis*, 303, 306, 637
L. 8 avril 1898 (Régime des eaux). 141
L. 9 avril 1898 (Responsabilité des accidents). . . . . 303 *bis*-II, 637
Décret du 25 août 1898 (Tarif des notaires). 269
L. 5 août 1899 (Casier judiciaire). . . . . 294 *bis*-XVII
Avis C. d'Etat 28 décembre 1899 (Sociétés de secours mutuels). . 637
L. 12 mars 1900 (Ventes à tempérament). 155, 269
L. 7 avril 1900 (Taux de l'intérêt légal). 155
L. 4 juillet 1900 (Sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles) . . . . . 299 *bis*
L. 27 décembre 1900 (Amnistie). 161
L. 4 février 1901 (Etablissements d'utilité publique). . . . . 301, 304, 310 *bis*-I
L. 5 février 1901 (Compétence des consuls et agents diplomatiques français en matière de mariage). 229
L. 2 avril 1901 (Service militaire) 143
L. 19 avril 1901 (Modificative de l'art. 105 C. for.). 637
L. 1er juillet 1901 (Contrat d'association). 139, 269, 296, 296 *bis*-III, 297, 299 *bis*, 300 *bis*-I, 301, 302, 303 *bis*-III, 304, 305, 308, 310 *bis*-I, 610.
Décrets 16 août 1901 (Contrat d'association). . . . . 300 *bis*-
L. et Décret du 29 novembre 1901 (Compétence des agents diplomatiques) 229
L. 2 janvier 1902 (Compétence) 176
L. 8 février 1902 (Dépossession des titres au porteur) 141
L. 22 mars 1902 (Responsabilité des accidents). 141
L. 7 avril 1902 (Condition des étrangers). 623
L. 4 décembre 1902 (Congrégations religieuses) . . . . . 300 *bis*-I
L. 16 juillet 1903 (Congrégations religieuses) . . . . . 300 *bis*-I
L. 27 juin 1904 (Tutelle des enfants trouvés et abandonnés). . . . 303
L. 7 juillet 1904 (Congrégations religieuses). . . . . 300 *bis*-I

Numéros

L. 8 décembre 1904 (Assurance en cas de décès 155, 269

L. 15 décembre 1904 (Abrogation de l'art. 298 C. civ.). 145

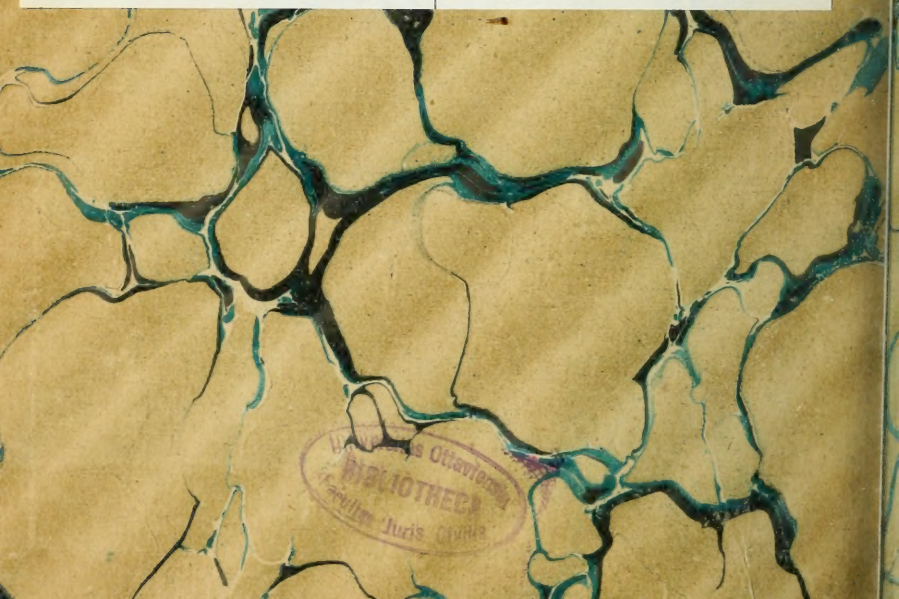
L. 21 mars 1905 Recrutement de l'armée . 352 *bis* et *ter*, 355, 355 *bis* et *ter*, 394, 394 *bis*, 398 *bis*, 404 *bis*, *ter* et *quater*, 405, 405 *bis*, 410, 411, 421, 470, 480, 558, 587.

L. 22 avril 1905 Majorats . . . . . 294 *bis*-XXXIV

29.583. — Bordeaux, Y. CADORET, impr., 17, rue Poquelin-Molière.

Bibliothèques
Université d'Ottawa
Echéance

Libraries
University of Ottawa
Date Due



a39003 008533712b

DATE DUE

28 JUIN 1996			
28 JUIN 1996			

CAT. NO. 1137